Die rechtliche Lage bei Verbindung der Grundschuld mit einer persönlichen Forderung.

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
der Hohen juristischen Fakultät der Königlich Preußischen
Universität Marburg

eingereicht von

Georg Ritter
Referendar in Stuttgart.

Buchdruckerei von Otto Bechtle, Eßlingen a. N.
1914.

Die rechtliche Lage bei Verbindung der Grundschuld mit einer persönlichen Forderung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der Hohen juristischen Fakultät der Königlich Preußischen Universität Marburg

eingereicht von

Georg Ritter

Referendar in Stuttgart.

Buchdruckerei von Otto Bechtle, Eßlingen a. N.

1914.

Referent: Professor Dr. F. Leonhard.

Inhaltsverzeichnis.

Verzeichnis der benützten Literatur.

Amira: Nordgermanisches Obligationenrecht. 1881.

Bremer: Hypothek und Grundschuld. 1869.

Brinck: Die Bezahlung der Hypothekenforderung und der Grundschuld, sowie der Hypothek und Grundschuld am eigenen Grundstück in ihrer praktischen Bedeutung. 1908.

Dernburg: Lehrbuch des preußischen Rechts, Sachenrecht. 1894.

Dernburg: Das Bürgerl. Recht des deutschen Reichs und Preußens. 1906 ff.

Deutsche Juristenzeitung.

Düker: Die analoge Anwendung der Vorschriften der Hypothek auf die Grundschuld des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Leipziger Dissertation. 1906.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerl. Rechts. 1909 ff.

Entscheidungen des Oberappelationsgerichts zu Rostock.

Entscheidungen des Reichsgerichts.

Fiermann: Die Anwendung der Hypothekenvorschriften auf die Grundschuld. Rostocker Dissertation. 1911.

Fischer-Schäfer: Zwangsvollstreckung. 1910.

Fuchs: Grundbuchrecht. 1900—1902.

Hachenburg: Beiträge zum Hypotheken- u. Grundschuldrecht d. E. II. 1895.

Hallbauer: Das Hypothekenrecht des B. G. B. 1908.

Hübner: Grundzüge des deutschen Privatrechts. 1908.

Jäckel-Güthe: Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. 1909.

Juristische Wochenschrift.

Kindel in der Festgabe für Richard Koch: Betrachtungen über die Eigentümerhypothek. 1903.

Kohler: Pfandrechtliche Forschungen. 1882.

Langfeld: Mecklenburgische Ausführungsverordnung zum B. G. B. 1899.

von Meibom: Mecklenburgisches Hypothekenrecht. 1871.
Mittelstein: Das Hypothekenrecht des B. G. B. 1898.
Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege.
Neumann: Handbuch des B. G. B.
Oberneck: Hypothekenrecht, ein Vortrag. 1897.
Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse. 1899.
Pfannmöller: Die nicht valutierte Grundschuld in der Zwangsversteirung. Jenenser Dissertation. 1911.
Planck: Kommentar zum B. G. B.
Puntschart: Der Grundschuldbegriff. 1900.
Puntschart. Schuldvertrag und Treugelöbnis. 1896.
Reichsgerichtsräte Kommentar zum B. G. B.
Schuster: Verkehrshypothek und Grundschuld. Breslauer Dissertation. 1909.
von Schwind: Wesen und Inhalt des Pfandrechts. 1899.
Siehr: Die nicht valutierte Grundschuld. Jenenser Dissertation. 1909.
Staudinger: Kommentar zum B. G. B.
Stobbe-Lehmann: Handbuch des deutschen Privatrechts. 1893 ff.
Trobitzsch: Die analoge Anwendung der hypothekenrechtlichen Vorschriften auf die Grundschuld. Leipziger Dissertation. 1907
Turnau-Förster: Das Liegenschaftsrecht. 1906.
Wolff: Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung. 1909.

§ 1.

Einleitung.

Das B. G. B. unterscheidet zwei Hauptarten von Grundpfandrechten, erstens ein solches, das rechtlich zur Sicherung einer persönlichen Forderung besteht, akzessorisch ist, unter dem Namen „Hypothek", und zweitens ein solches, das rechtlich von einer Forderung unabhängig, das selbständig ist, unter dem Namen „Grundschuld". Wenn nun auch die Grundschuld rechtlich von einer Forderung unabhängig ist, so steht sie doch wirtschaftlich sehr häufig, fast immer in Beziehung zu einer solchen, da die Grundschuld in den meisten Fällen zur Sicherung einer persönlichen Forderung bestellt wird, sogen. Sicherungsgrundschuld ist, und es treten alsdann analoge Probleme wie bei der Hypothek auf. Diese hat das B. G. B. unmittelbar nicht gelöst, es hat vielmehr lediglich eine allgemeine Regel in § 1192 aufgestellt, in wie weit die Vorschriften über die Hypothek auf die Grundschuld anwendbar sind; nur einige andere Gesetze haben für wenige besondere Fälle des Zusammentreffens von Grundschuld und Forderung positive Vorschriften aufgestellt, zu vergl. C. P. O. § 25, Zw. V. G. § 53 Abs. 2. Die Tragweite des § 1192 ist in der Wissenschaft außerordentlich bestritten, und damit auch die Lösung der im Fall des Zusammentreffens von Grundschuld und Forderung auftretenden Fragen. Im Folgenden übernimmt es der Verfasser, sie zusammenhängend zu behandeln.

Bevor darauf im Einzelnen eingegangen wird, wird in einem ersten Abschnitt darüber gesprochen, wie die frühere und heutige deutsche Grundpfandgesetzgebung das Problem der Verbindung von Grundpfand und persönlicher Forderung allgemein behandelt hat, und zwar insoweit, als dies zur Unterstützung der Lösung der alsdann im zweiten Abschnitt zu besprechenden genannten Fragen erforderlich erscheint.

Erster Abschnitt.

Die legislative Behandlung des Problems der Verbindung von Grundpfand und persönlicher Forderung in Deutschland in Geschichte und Gegenwart.

§ 2.

Das Grundpfandrecht bis zur Reformgesetzgebung im 18. und 19. Jahrhundert.

I. Im deutschen Mittelalter spielte der Realkredit und dabei besonders der an Liegenschaften eine bedeutende Rolle, war doch dem Personalkredit durch das kanonische Zinsverbot jeder Reiz genommen, und waren für den Immobiliarkredit verschiedene Typen von Rechtsgeschäften konstruiert, mit denen Kapital wieder gegen Entgelt angelegt werden konnte und man gegen das Zinsverbot nicht zu verstoßen glaubte. Zur Sicherung des Verkehrs hatten sich mit der Zeit auch in verschiedener Weise Buchungseinrichtungen entwickelt, womit man eine Publizität dafür erlangte, welche Grundstücke und in welcher Weise sie belastet waren, und schon früh hatte man auch ein gerichtliches Befriedigungsverfahren.

Für die Bedürfnisse des Immobiliarkredits dienten folgende drei Arten von Grundpfandrechten:

1. Die ältere Satzung: Hiebei räumte der Schuldner dem Gläubiger gegen Empfang der Pfandsumme an seinem Grundstück Gewere und Nutzung ein, unter Vorbehalt des Rechts, durch Rückzahlung der Pfandsumme das Grundstück wieder einzulösen.

2. Die jüngere Satzung: Hier wies der Schuldner dem Gläubiger sein Grundstück als Exekutionsobjekt an, ohne ihm Gewere und Nutzung einzuräumen.

3. Der sog. Rentenkauf: Der Schuldner räumte dem Gläubiger das Recht auf eine auf seinem Grundstück lastende Jahresrente ein, unter Vorbehalt des Rechts der Ablösung. Der Gläubiger hatte aus-

schließlich den Zugriff gegen das Grundstück. (Regelmäßig wird das Geschäft, wie der Name sagt, so dargestellt, daß der Gläubiger die Rente kaufe, doch wird auf diese Weise der wirtschaftliche Charakter des Geschäfts nicht getroffen.)

Diese Rechtsgeschäfte begründeten alle eine reine Sachhaftung, und das war gerade der wesentliche Charakter des deutschen Pfandrechts: nur an die verpfändete Sache konnte sich der Gläubiger halten, das übrige Vermögen und die Person des Schuldners hafteten ihm nicht. Eine Ausnahme trat erst gegen Ende des Mittelalters bei der neueren Satzung ein, indem einige Gesetze dem Gläubiger für den Fall, daß das Grundstück zu seiner Befriedigung nicht ausreichte, das Recht einräumten, sich auch an das übrige Vermögen des Schuldners zu halten.

Hiebei ist auf den scharfen Unterschied des deutschen Rechts zwischen Schuld und Haftung hinzuweisen (zu vergleichen Amira: Nordgermanisches Obligationenrecht 1881; Puntschart: Schuldvertrag und Treugelöbnis 1896; Puntschart: Der Grundschuldbegriff des deutschen Reichsrechts 1900). Die Schuld ist die Rechtslage des Leistensollens. Auf Grund der Schuld war die Haftung oder Obligation, d. h. die rechtliche Verpflichtung für dieselbe, noch nicht von selbst gegeben, sondern sie mußte erst besonders begründet werden. Die Obligation war entweder persönliche Haftung oder Vermögenshaftung (unbeschränkt oder beschränkt) oder Sachhaftung. Personen- und Vermögenshaftung war die rechtliche Form des Personal-, die Sachhaftung die des Realkredits.

Ganz anders war der Standpunkt des römischen Rechts (wenigstens in der Form wie es überliefert ist); ihm war jene Unterscheidung von Schuld und Haftung unbekannt. Schuld und Haftung oder Obligation bedeuteten beide die Rechtslage des Leistenmüssens, und davon war grundsätzlich das ganze Vermögen des Schuldners ergriffen, Eine Ausnahme bestand nur bei den Naturalobligationen. Der Standpunkt des römischen Rechts ist auch der des B. G. B. (vergl. § 241).

II. Mit der Rezeption des römischen Rechts wurden die deutschrechtlichen Pfandrechtstypen im Lauf der Zeit meist durch das römische Pfandrechtssystem verdrängt, das gemeines Recht wurde; nur wenige Stadtrechte, z. B. die von Hamburg und Lübeck, hielten am deutschen Recht unter Verwerfung römischer Grundsätze fest.

Das römische Recht hatte 2 Pfandrechtsformen: hypotheca und pignus; beide konnten an beweglichen und unbeweglichen Sachen begründet werden (im Gegensatz zum deutschen Recht, das scharf die oben angeführten Pfandrechtstypen auf Grundstücke beschränkte). Beide Arten entstanden durch formlosen Vertrag, und war ihr Unterschied lediglich der, daß das pignus durch sofortige Uebergabe sich auszeichnete. Sonst gelten für beide Pfandrechtformen dieselben Vorschriften.

Diese Verpfändungsart war einfach und bequem, aber sie gab den Gläubigern keine genügende Sicherheit, denn es war den Gläubigern keine Möglichkeit gegeben, mit Gewißheit zu erfahren, ob die verpfändete Sache nicht schon an andere verpfändet, und ob der Verpfänder überhaupt Eigentümer war. Im Fall mehrfacher Verpfändung galt allerdings der Grundsatz, daß die ältere Hypothek der jüngeren vorgehe, aber er war durch die zahlreichen Pfandrechtsprivilegien durchbrochen, wodurch das Gesetz manchen Pfandrechten den Vorrang vor andern einräumte. So kam man weiter dahin, den Schuldner sein ganzes Vermögen verpfänden zu lassen (sog. Generalhypotheken). Die Lage wurde weiterhin dadurch unsicher gemacht, daß das Gesetz ipso jure mit zahlreichen Forderungen ein Pfandrecht an den Sachen des Schuldners verknüpfte (sog. pignora tacita sowohl als General- als als Spezial-Hypothek).

So hatte der Realkredit in Rom eine große Bedeutung nicht. Selbständig kam er nicht vor, sondern lediglich als Mittel zur Verstärkung des Personalkredits, als Akzessorium einer Forderung, und es ist und wird immer schwer verständlich bleiben, wie man sich in der Mehrzahl der deutschen Rechtsgebiete zur Beseitigung der entwikkelten deutschen Pfandrechtsformen entschließen und an ihre Stelle die römischen, die auf einer viel niedrigeren Stufe standen, aufstellen konnte.

§ 3.

Die Reform der Grundpfandgesetzgebung.

I. Als der Kreditverkehr im 17. und 18. Jahrhundert sich immer mehr entwickelte, entstand ein dringendes Bedürfnis, durch ein anderes Pfandsystem dem Realkredit eine festere Stütze zu verschaffen. Dieses Bedürfnis nach Reform der Rechtssätze über das Grundpfandrecht suchten

fast alle deutschen Einzelstaaten im Lauf der Zeit zu befriedigen. Die Gesetzgebung wies, so mannigfaltig sie auch in den einzelnen Staaten war, gewisse übereinstimmende Grundtendenzen auf, waren doch überall die gleichen Forderungen zu erfüllen. Und zwar knüpfte man gleichsam unwillkürlich wieder an die deutschrechtlichen Grundsätze an, beschränkte die Hypothek auf Grundstücke, und verdeutschte sie besonders nach drei Richtungen:

1. Zur Entstehung der Hypothek wurde die Eintragung in Bücher als Erfordernis aufgestellt (Prinzip der Publizität); damit waren die römischen pignora tacita beseitigt.

2. Die Hypothek konnte nur an bestimmt bezeichneten Grundstücken bestellt werden (Prinzip der Spezialität); damit waren die römischen Generalhypotheken beseitigt.

3. Der älteren Hypothek wurde schlechtweg der Rang vor der jüngeren zugewiesen (Prinzip der Alterspriorität).

Von den damaligen Reformgesetzen ist besonders die preußische Hypotheken-Ordnung vom 20. Dezember 1783 hervorzuheben, die im wesentlichen in das Allgemeine Landrecht aufgenommen wurde, dann die Gesetze in Bayern von 1822, und in Württemberg von 1825 und 1828, und weiter die mit ihrer unter II besonders anzuführenden Eigenart versehenen beiden mecklenburgischen Gesetze, erstens die revidierte Hypothekenordnung für Landgüter vom 18. Oktober 1848 und zweitens die revidierte Stadtbuchordnung vom 21. Dezember 1857. Den Schlußstein der Entwicklung der Pfandgesetzgebung der deutschen Staaten bildet die preußische Gesetzgebung vom 5. Mai 1872, die von einigen Kleinstaaten noch nachgeahmt wurde.

II. Nicht aufgenommen wurde der freilich schon am Ende des Mittelalters wenigstens bei der neueren Satzung im Untergehen begriffene Charakter des deutschen Grundpfandrechtes als reine Sachhaftung. Die Hypothek blieb vielmehr begrifflich ein Sicherungsrecht für eine persönliche Schuld an den Gläubiger, ohne die sie nicht entstehen konnte, und mit der sie untergehen mußte; die Hypothek behielt die sog. akzessorische Natur, die man aus dem römischen Recht ableitete. Allmählich wurde aber vielfach das prinzipiell festgehaltene Dogma von

der akzessorischen Natur der Hypothek in Fällen, wo ein dringendes Bedürfnis darnach bestand, durchbrochen:

1. In einer Reihe von Gesetzen z. B. A. L. I 20 § 11, 12 Württ. Pfandgesetz vom 15. April 1825 A. 88 wurde bestimmt, daß, wenn auch zur Begründung einer Hypothek die persönliche Forderung unumgänglich notwendig sei, gutgläubige entgeltliche Erwerber der Hypothek das dingliche Gläubigerrecht auch dann erhalten sollten, wenn die persönliche Forderung nicht bestand. Man verlieh also der Hypothek Orderqualität.

2. In der nachlandrechtlichen Gesetzgebung wurde in Preußen die Entstehung einer Eigentümerhypothek zugelassen, und zwar zunächst 1802 im Fall der Konfusion von Eigentum und Hypothek, später auch im Fall der Tilgung der Hypothekenforderung durch den Eigentümer.

Der weitere Schritt, das Grundpfandrecht, das bereits innerlich wieder deutsch geworden war, auch noch äußerlich zu verdeutschen, um den deutschen Kern auch noch eine deutsche Schale zu legen, die Hypothek nämlich des akzessorischen Charakters zu entkleiden, und sie für eine selbständige Belastung des Grundstücks zu erklären, geschah bei der mecklenburgischen Hypothek durch die obenangeführten Gesetze von 1848 und 1857. Damit hatte man beim Grundpfandrecht wieder den alten deutschrechtlichen Grundsatz der reinen Sachhaftung erreicht: nur das Grundstück haftet, nur an dieses kann sich der Gläubiger zu seiner Befriedigung halten. Das Vorhandensein einer persönlichen Schuld, die natürlich möglich ist, berührt die Hypothek hier nicht.

III. Die preußische Gesetzgebung von 1872 stellte 2 Typen von Grundpfandrechten auf, ein akzessorisches aber mit Orderqualität versehenes unter dem Namen Hypothek, und ein selbständiges, wie in den mecklenburgischen Gesetzen eine abstrakte Belastung des Grundstücks enthaltendes, unter dem Namen Grundschuld.

§ 4.

Die Grundpfandrechte nach dem B. G. B.

I. Nach dem soeben in § 3 II angeführten können die territorialen Grundpfandgesetze in 3 Gruppen eingeteilt werden:

1. Solche, die die akzessorische Natur der römischen Hypothek völlig beibehalten haben.

2. Solche, die dieselbe grundsätzlich beibehalten, aber durch Verleihung der Orderqualität an die Hypothek, eventuell noch durch Zulassung der Eigentümerhypothek in wichtigen Fällen durchbrochen haben.

3. Solche, nach denen die Hypothek eine selbständige Grundstücksbelastung war (in Preußen Grundschuld genannt).

II. Dementsprechend hat das B. G. B., um die verschiedenen in den einzelnen Rechtsgebieten bestehenden Bedürfnisse und Gewohnheiten befriedigen zu können, ebenfalls drei Arten von Grundpfandrechten aufgenommen, und zur Wahl gestellt:

1. Als Normalfall wird die Verkehrshypothek an die Spitze gestellt; ihre Begriffsbestimmung gibt § 1113 B. G. B.: „Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstücke zu zahlen ist."

Danach dient die Verkehrshypothek zur Sicherung einer Forderung und ist eine akzessorische Grundstücksbelastung. Hauptsache ist begrifflich die Forderung, die Hypothek ist Nebensache. Die akzessorische Natur ist aber durchbrochen einerseits durch die Zulassung der Eigentümerhypothek im Fall des Nichtentstehens oder Erlöschens der Forderung (§ 1163 B. G. B.), andererseits dadurch, daß die Hypothek Orderqualität hat, und in der Hand eines gutgläubigen Erwerbers auch ohne persönliche Forderung voll wirksam sein kann (§ 1138 B. G. B.).

2. Als Unterart der Verkehrshypothek wird vom Gesetz die Sicherungshypothek behandelt. Die Definition gibt § 1184 B. G. B.: „Eine Hypothek kann in der Weise bestellt werden, daß das Recht des Gläubigers aus der Hypothek sich nur noch der Forderung bestimmt und der Gläubiger sich zum Beweis der Forderung nicht auf die Eintragung berufen kann." Dieser Hypothek fehlt die Orderqualität. Das Recht aus der Hypothek ist vom Bestand der Forderung abhängig; eine Erstreckung des öffentlichen Glaubens auf die Forderung gibt es nicht. Die Sicherungs-Hypothek ist somit strenger akzessorisch als die Verkehrshypothek. Der akzessorische Charakter dieser Hypothek ist nur durch den Eintritt der Eigentümerhypothek im Fall des Fehlens der Forderung durchbrochen.

3. Endlich gibt das Gesetz den Typ einer selbständigen Grundstücksbelastung in der Grundschuld, deren Begriffsbestimmung § 1191 gibt: „Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke zu zahlen ist.“ Die Definition unterscheidet sich somit von der der Hypothek durch die Weglassung der Worte: „zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung“. Damit wird zum Ausdruck gebracht, daß die Grundschuld rechtlich von einer Forderung völlig unabhängig ist, mag sie auch tatsächlich in Beziehung zu einer solchen stehen, eine sog. Sicherungsgrundschuld sein. Die Schicksale der Forderung berühren die Grundschuld nicht. Dem Gläubiger haftet nur das belastete Grundstück. — Unterart der Grundschuld ist die Rentenschuld des § 1199 B. G. B., wobei „in regelmäßig wiederkehrenden Terminen eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist“.

III. Der Unterschied von Hypothek und Grundschuld ist nun in der Wirklichkeit kein so einschneidender, wie es nach dem theoretischen Unterscheidungsmerkmal den Anschein haben könnte. Und zwar sind die beiden Rechtsinstitute einander näher gebracht insbesondere durch die Vorschriften über die Hypothek, die wir oben als solche bezeichnet haben, die ihren akzessorischen Charakter durchbrechen, nämlich durch die Zulassung der Eigentümerhypothek und die Verleihung der Orderqualität an die Verkehrshypothek.

Wenn die Hypothek auch von einer Forderung abhängig ist, und ohne eine solche weder entstehen noch fortbestehen kann, so zieht doch das Gesetz bei Fehlen der Forderung nicht die Konsequenz des römischen Rechts und erklärt die Hypothek für nichtig. Das Gesetz läßt hier vielmehr dieselbe als Eigentümerhypothek weiterbestehen (§ 1163); die Grundstücksbelastung bleibt somit nach wie vor vorhanden. Dem grundsätzlichen Unterscheidungsmerkmal zwischen Hypothek und Grundschuld aber hat das Gesetz dadurch Rechnung getragen, daß es diese Hypothek ohne Forderung als Grundschuld bezeichnet und behandelt (§ 1177).

Voraussetzung für die Geltendmachung der Rechte aus der Hypothek ist das Bestehen der Forderung; Mängel derselben ergreifen auch die Hypothek; Einreden, die gegen die Forderung geltend gemacht werden können, können auch gegen die Hypothek vorgebracht werden (§ 1137).

Im Gegensatz hiezu ist die Grundschuld von den Schicksalen einer Forderung, für die sie bestellt ist, gänzlich unabhängig. Der Verkehrshypothek wird nun aber durch § 1138 sog. Orderqualität beigelegt; danach werden die allgemeinen Vorschriften des Grundbuchrechts über den rechtsgeschäftlichen Erwerb eingetragener Rechte in den §§ 891—899 B. G. B. insoweit, als das dingliche Recht in Frage kommt, auf die persönliche Forderung erstreckt. Der gutgläubige rechtsgeschäftliche Erwerber einer Hypothek wird damit, soweit es sich um das dingliche Recht, die Hypothek handelt, geschützt gegen die an sich aus der akzessorischen Natur der Hypothek sich ergebende Folge, daß Mängel der Forderung die Hypothek ergreifen; seine Rechte aus der Hypothek sind unabhängig vom Bestand der Forderung. — Bei der Grundschuld, die zur Sicherung einer Forderung dient, kann, woran niemand zweifelt, dem ursprünglichen Gläubiger, sowie einem bösgläubigen Rechtsnachfolger gegenüber die exceptio doli geltend gemacht werden, wie dies auch dem ursprünglichen Wechselgläubiger und seinem bösgläubigen Rechtsnachfolger gegenüber möglich ist. — Die Stellung des ersten Gläubigers der Verkehrs-Hypothek resp. Sicherungsgrundschuld und der rechtsgeschäftlichen Erwerber ist somit im Ergebnis die gleiche: Das Recht des ersten Gläubigers ist im Enderfolg stets abhängig vom Bestehen der Forderung, das Recht der späteren Gläubiger ist im Fall guten Glaubens unabhängig, im Fall schlechten Glaubens abhängig vom Bestand der Forderung.

Ein wesentlicher Unterschied von Hypothek und Grundschuld im Fall des Uebergangs der Rechte besteht nur dann, wenn dieser sich nicht durch Rechtsgeschäft, sondern kraft Gesetzes oder im Weg der Vollstreckung vollzieht. In diesem Fall gelten bei der Hypothek die Vorschriften über den guten Glauben nicht; das Recht aus der Hypothek ist abhängig vom Bestand der Forderung, während das der Grundschuld unabhängig ist.

Weitere Unterschiede im einzelnen zwischen Hypothek und Grundschuld werden unten im Rahmen des Themas besprochen.

IV. Die im gemeinen Recht aktuelle Streitfrage, ob das Pfandrecht ein dingliches oder obligatorisches Recht sei, ist vom Bürgerlichen Gesetzbuch dadurch entschieden, daß die Regelung des Pfandrech's im 3.

Buch, im Sachenrecht erfolgt ist. Die Hypothek und Grundschuld enthalten die Belastung eines Grundstücks (§ 1113, 1191, B. G. B.). Tatsächlich weist auch das Pfandrecht alle Merkmale eines dinglichen Rechts auf, daneben hat man aber auch eine Pflicht des Eigentümers der Pfandsache, aus dieser, und nur aus dieser, nicht aus sonstigen Mitteln eine Geldsumme zu zahlen. Diese Ansicht findet ihre Stütze einerseits in der Auffassung des täglichen Lebens, welches den Eigentümer einer Pfandsache stets als Schuldner ansieht und bezeichnet, andererseits in zahlreichen gesetzlichen Bestimmungen. So heißt es in den §§ 1113, 1191, 1199, daß an den Gläubiger einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld „eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen" ist. § 952 bezeichnet Hypothek und Grundschuld als „Rechte, kraft deren eine Leistung gefordert werden kann". In den §§ 592, 688, 794 Ziff. 5 C. P. O. werden die Ansprüche aus Hypothek, Grundschuld und Rentenschuld als „Ansprüche, die die Zahlung einer Geldsumme zum Gegenstand haben", bezeichnet (so auch von Meibom: Mecklenburgisches Hypothekenrecht S. 39 f; Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts § 221; Crome: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts § 461; Gierke: Deutsches Privatrecht Band 2 S. 853 ff; Hübner: Deutsches Privatrecht S. 353, 380. — A. M., diese Pflicht des Eigentümers verneinend: Sohm: Lehre vom subpignus S. 10 ff; Grünhuts Zeitschrift Bd. 5, Seite 6 ff; Kohler: Pfandrechtliche Forschungen S. 47 ff; Zitelmann: Internationales Privatrecht Band 2 S. 563 ff; Bremer: Hypothek und Grundschuld S. 54 ff.; Planck Commentar Vorbem. 3 zu § 1113; Commentar der Reichsgerichtsräte § 1113 Anm. 6; Enneccerus-Wolff: Sachenrecht S. 432). Das Pfandrecht enthält somit neben den Eigenschaften des dinglichen Rechts auch die einer unvollkommenen, beschränkten Obligation, die man mit dem Namen Realobligation bezeichnet. Danach wird in der juristischen Literatur der Eigentümer auch Realschuldner, der Pfandgläubiger Realgläubiger genannt.

Zweiter Abschnitt.

Die Verbindung von Grundschuld und persönlicher Forderung.

§ 5.

Allgemeines. § 1192.

I. Hypothek und Grundschuld unterscheiden sich nach dem Gesetz einzig und allein dadurch, daß erstere in ihrer Entstehung und ihrem Fortbestehen vom Vorhandensein einer Forderung abhängig, letztere davon unabhängig ist. Die Grundschuld ist im Gegensatz zur Hypothek, die eine konkrete Grundstücksbelastung ist, eine abstrakte selbständige Belastung eines Grundstücks, sie ist der Typ der reinen Sachhaftung.

II. Wenn sich die beiden Grundpfandrechte nun nur in diesem einen Punkt unterscheiden, so erschiene es de lege ferenda zweckmäßig, eines derselben vollständig zu behandeln, und auf das andere insoweit die Vorschriften des geregelten im ganzen zu übertragen, als dieselben nicht das Gebiet berühren, in dem der Unterschied gegenüber dem anderen Grundpfandrecht enthalten ist, und alsdann weiter für das Gebiet, in dem der Unterschied gegenüber dem ersten geregelten Grundpfandrecht enthalten ist, besondere Rechtsnormen aufzustellen.

III. Dieser Methode ist der Gesetzgeber auch gefolgt, er hat aber das Postulat doch nur unvollständig erfüllt; er hat zwar die Hypothek vollständig geregelt, und die Grundschuld durch Verweisung auf die Hypothek zu regeln versucht. Er hat aber nun nicht die auf die Grundschuld anwendbaren und nicht anwendbaren Vorschriften einzeln aufgeführt, vielmehr nur eine allgemeine negative Bestimmung darüber in § 1192 aufgestellt, wonach die Vorschriften über die Hypothek insoweit Anwendung auf die Grundschuld finden, „als sich nicht daraus ein anderes ergibt, daß die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt", und damit der Wissenschaft und Praxis die Lösung der Einzelfragen anheimgegeben. Diese ist in vielen Fällen sehr bestritten. Daß es

so kommen würde, darüber haben sich die Verfasser der Gesetzesvorschrift keiner Täuschung hingegeben, im übrigen war ihr Standpunkt nach den Motiven Band 3 S. 781, folgender:

„Die Frage, ob eine für die Hypothek gegebene Vorschrift im einzelnen Falle zur Anwendung auch auf die Grundschuld geeignet ist, wird mitunter nicht leicht zu entscheiden sein. Dennoch erscheint es nicht ratsam, die anwendbaren oder die nicht anwendbaren Paragraphen einzeln aufzuführen. Im Allgemeinen kann der Gesetzgeber darauf vertrauen, daß die Praxis seine Absicht erkennen und das Richtige finden werde. Es wird namentlich nicht zweifelhaft sein, daß diejenigen Bestimmungen, welche auf der Voraussetzung einer persönlichen Schuld beruhen, für die Grundschuld gegenstandslos sind. Andere Bestimmungen sind zwar ebenfalls auf die durch die Hypothek gesicherte Forderung abgestellt, können aber nur als Folgerungen aus allgemeineren Grundsätzen angesehen werden, die auch für die Grundschuld gelten müssen. Der Versuch indessen, in dieser Hinsicht durch das Gesetz Gewißheit zu schaffen, könnte leicht zu Mißverständnissen führen, da die Entscheidung darüber, ob eine Vorschrift zur entsprechenden Anwendung auf die Grundschuld geeignet ist, sich schwer für alle Fälle im Voraus treffen läßt. Der Entwurf begnügt sich deshalb damit, den hierbei leitenden Gesichtspunkt hervorzuheben, indem er die entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Hypothek auf die Grundschuld nur insoweit in Aussicht nimmt, als nicht daraus, daß die Grundschuld von einer Forderung nicht abhängig ist, ein anderes sich ergibt."

Hat somit der Gesetzgeber die Grenze im einzelnen nicht abgesteckt, in wie weit die Vorschriften über die Hypothek zur Anwendung kommen, so hat er auch weiter für das Gebiet, das zweifellos jenseits der Grenze desjenigen liegt, in dem die Hypothekenvorschriften anzuwenden sind, erschöpfend dasselbe regelnde Normen nicht aufgestellt, vielmehr sich mit einigen wenigen begnügt, so daß, soweit dieselben nicht in Frage kommen, allgemeine bürgerlichrechtliche Vorschriften zur Lösung der hier entstehenden Fragen herangezogen werden müssen.

IV. Wenn in den kommenden Betrachtungen über die Einzelprobleme, die im Fall des Zusammentreffens von Grundschuld und persönlicher Forderung sich erheben, gesprochen wird, so ist stets in erster

Linie über die Anwendbarkeit der entsprechenden Normen des Hypothekenrechts auf Grund des § 1192 zu entscheiden. Die Bestimmung des § 1192, daß die Vorschriften über die Hypothek insoweit auf die Grundschuld zur Anwendung kommen, als sich nicht daraus ein anderes ergibt, daß die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt, ist, wie schon oben in § 1 allgemein ausgedrückt ist, so zu verstehen, daß die Grundschuld rechtlich nicht eine Forderung voraussetzt, daß sie dem Typ der Anlage nach eine selbständige Grundstücksbelastung ist, im Gegensatz zu der Hypothek, die rechtlich nur zur Sicherung einer Forderung dient, was gemeinhin mit dem Wort „akzessorisch" ausgedrückt wird.

Allgemein ist auf Grund der bisherigen Ausführungen über die Tragweite des § 1192 auszusprechen:

Unanwendbar auf die Grundschuld sind die Vorschriften über die Hypothek, die auf deren akzessorischen Natur beruhen, d. h. darauf, daß sie rechtlich eine Forderung für ihre Entstehung und grundsätzlich auch für ihr Fortbestehen zur Voraussetzung hat.

Alle andern Hypothekenvorschriften sind zu übertragen, insbesondere auch die, die auf Grund der Anschauung von der akzessorischen Natur der Hypothek, daß diese das zum Hauptrecht, der Forderung tretende Nebenrecht, Akzessorium bildet, äußerlich für die Forderung gegeben sind, ihrem inneren Wesen nach aber auch für die Hypothek gegeben sein könnten.

V. Hervorzuheben ist, daß die Redaktionskommission den 8. Abschnitt des 3. Buchs des Entwurfs eines B. G. B. auch unter Voranstellung der Grundschuld redigiert hat; dieser Entwurf ist zwar nicht Gesetz geworden, aber er kann für die Frage, inwieweit die im Gesetz über die Hypothek gegebenen Vorschriften auf die Grundschuld anzuwenden sind, große Bedeutung haben, umsomehr als die Kommission bei der Aufstellung der 2 Entwürfe die Absicht verfolgte, sie ihrem Inhalt nach nicht voneinander abweichen zu lassen.

VI. Die Grundschuld hat, wie oben erwähnt, ihren originären geschichtlichen Vorgänger in der mecklenburgischen Hypothek nach den Gesetzen von 1848 und 1857. Dieser Sachlage hat die mecklenburgische Ausführungsverordnung zum B. G. B. in § 197 durch die Bestimmung

Rechnung getragen, daß eine zu der Zeit, zu der das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, in ein Hypothekenbuch eingetragene Hypothek, als Grundschuld gilt, abgesehen von den in § 198 getroffenen Ausnahmen für die Ultimats- und Kautionshypothek, die als Sicherungshypotheken zu gelten haben. Teils aus rechtshistorischem Interesse, teils aber auch aus praktischen Gründen werden die Vorschriften dieser Gesetze bei den folgenden zu behandelnden Fragen zuweilen hervorzuheben sein. Aus denselben Gründen ist auch bei Gelegenheit auf die Vorschriften des preußischen Eigentumserwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872 über die Grundschuld hinzuweisen.

§ 6.
Einfluß des Nichtentstehens oder Erlöschens der Forderung auf die Grundschuld.

I. Der Einfluß des Nichtenstehens oder Erlöschens der Forderung auf die Hypothek ist in § 1163 Abs. 1 B. G. B. ausgesprochen; danach entsteht eine Eigentümerhypothek. (Die Ausnahmebestimmung des § 1164 und der Fall des Uebergangs der persönlichen Forderung des Gläubigers gegen den vom Realschuldner verschiedenen Personalschuldner auf den Realschuldner wegen der durch diesen erfolgten Befriedigung nach § 1143 sind in diesem Zusammenhang nicht wesentlich und werden daher weiter nicht berührt.)

II. Die herrschende Meinung verneint die Anwendbarkeit des § 1163 Abs. 1. auf die Grundschuld, da dieselbe als abstrakte Grundstücksbelastung durch das Nichtbestehen oder den Untergang der persönlichen Forderung nicht berührt werde. (So R. G. Bd. 60 S. 251 ff.; Bd. 78 S. 60 ff.; Kammergericht in den Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, zusammengestellt im Reichsjustizamt 9, 125; Reichsgerichtskommentar zu § 1192, Staudinger zu § 1192, Planck zu § 1192.) Für die Anwendbarkeit des § 1163 Abs. 1 ist besonders Kindel (in der Festschrift für Koch: Betrachtungen über die Eigentümerhypothek 1903) eingetreten, und zwar führt er zur Begründung seiner Meinung besonders folgendes aus: die Grundschuld werde gewöhnlich theoretisch unrichtig

aufgefaßt, denn sie sei nicht, wie gemeinhin angenommen werde, eine Sachhaftung ohne Forderung, sondern ein durch die Sachhaftung gedecktes Forderungsrecht, für das eine Vermögenshaftung nicht existiere oder nicht eingetragen sei; diese durch die Sachhaftung gedeckte Forderung könne gegebenenfalls nicht zur Entstehung gelangen, z. B. wenn der Eigentümer die Darlehensvaluta nicht erhalte, oder erlöschen, z. B. durch Zahlung. Nach der Auffassung des B. G. B. sei hier dem Eigentümer die Grundschuld zuzusprechen. § 1192 verstehe unter Forderung die Forderung im gewöhnlichen Sinn, nämlich das durch die Vermögenshaftung gesicherte Forderungsrecht.

Was die theoretische Auffassung der Grundschuld durch Kindel betrifft, so erscheint damit zunächst das ausgedrückt, was oben in § 4 IV für alle Grundpfandrechte übereinstimmend ausgesprochen wurde, daß nämlich das Pfandrecht gleichzeitig ein dingliches Recht und eine unvollkommene Obligation ist. Nicht ganz richtig erscheint es, von einem durch die Sachhaftung gedeckten Forderungsrecht zu sprechen, es könnte so der Anschein erweckt werden, als ob die unvollkommene Obligation neben dem dinglichen Recht herlaufe, während es ja in Wirklichkeit ein einziges Rechtsindividuum ist, in dem sie beide zusammenfallen.

Aber auch bei Zugrundlegung der rechtstechnischen Auffassung der Grundschuld, wie sie Kindel gibt, kann doch nicht ohne weiteres durch Berufung auf § 1192, der unter Forderung das durch die Vermögenshaftung gesicherte Forderunsrecht verstehe, auf die Anwendbarkeit des § 1163 Abs. 1. geschlossen werden. Denn auch er versteht unter Forderung, wie das B. G. B. überhaupt (§ 241), eine durch die Vermögenshaftung gesicherte Forderung, nämlich die neben der Hypothek bestehende Personalobligation.

III. Die Frage, ob § 1163 in den Fällen des Nichtentstehens oder Erlöschens der Forderung, für die eine Grundschuld bestellt ist, zur Anwendung zu kommen hat, kann nur auf Grund der Erwägung beantwortet werden, ob die Vorschriften des § 1163 als auf der akzessorischen Natur der Hypothek beruhend anzusehen sind oder nicht. Diese Frage darf nicht verneint werden, indem geltend gemacht wird, weil eine Eigentümerhypothek erzeugt werde, welche ohne Forderung besteht und so den allgemeinen Charakter der Hypothek durchbricht, stehe

die Vorschrift in offenem Gegensatz zur akzessorischen Natur, denn es handelt sich in § 1163 nicht um Vorschriften über die Eigentümerhypothek, sondern um solche über die Hypothek in der Hand eines Dritten, und es ist somit von der Fragestellung auszugehen, ob die gegebenen Vorschriften über die Forderung darauf beruhen, daß dieselbe die gesetzliche Voraussetzung für eine Hypothek bildet, oder ob sie auch für die Hypothek ihrem Wesen nach gegeben sein könnten, und nur deshalb für die Forderung gegeben sind, weil der Gesetzgeber sie begrifflich als Hauptsache und die Hypothek als Akzessorium betrachtet (vgl. oben § 5 IV).

1. Was den Fall der Nichtentstehung der Forderung betrifft (§ 1163 Abs. 1Satz 1), so beruht die gegebene Vorschrift auf der akzessorischen Natur der Hypothek, die zu ihrer Entstehung eine Forderung zur notwendigen Voraussetzung hat.

2. Bezüglich des Erlöschens der Forderung (§ 1163 Abs. 1 Satz 2) sind zwei Fälle zu unterscheiden:

a) Wenn der persönliche Schuldner und der Eigentümer in einer Person zusammentreffen, so ist die rechtstechnische Lage folgende: Der Eigentümer schuldet, dafür haftet er einerseits persönlich, andererseits das ihm gehörige Grundstück; man hat ein Gesamthaftungsverhältnis. Im Fall der Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer genügt dieser seiner Leistungspflicht; mit deren Wegfall erlöschen gleichzeitig sowohl die persönliche Haftung des Eigentümers als die Haftung des Grundstücks.

Wenn das Gesetz nun nur vom Erlöschen der Forderung spricht, so hat dies seinen Grund darin, daß nach der Auffassung des Gesetzgebers die Forderung die Hauptsache, die Hypothek das Akzessorium ist; es geht davon aus, daß der Eigentümer mit seiner Leistung die Hauptsache, die persönliche Schuld beseitigt. An sich könnte die Vorschrift aber auch den tatsächlichen Verhältnissen entsprechend lauten: „Wird der Gläubiger vom Eigentümer befriedigt, so erwirbt letzterer die Hypothek.“

Insoweit ist die Vorschrift des § 1163 Abs. 1 Satz 2 also keine Konsequenz der akzessorischen Natur der Hypothek, und daher auf die Grundschuld anwendbar.

Es erwirbt somit im Fall der Befriedigung des Grundschuldgläubigers durch den Eigentümer letzterer die Eigentümergrundschuld.

Die herrschende Lehre kommt trotz der Verneinung der Anwendbarkeit des § 1163 Abs. 1 Satz 2 auf die Grundschuld auch zu diesem Resultat, und zwar begründet sie diese Ansicht damit, daß eine dahingehende Bestimmung vom Gesetzgeber lediglich übersehen sei, und daß die den Geist des B. G. B. angebenden §§ 1143, 1163 auch für die Grundschuld gelten sollen, umsomehr als im § 1139 b des Entwurfs B (s. oben § 5 V) sich die Bestimmung findet, daß der den Gläubiger befriedigende Eigentümer die Eigentümergrundschuld erwerben solle. (R. G. Bd. 78 S. 66 ff.; Kammergericht in den Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, zusammengestellt im Reichsjustizamt 9, 125; Kommentar der Reichsgerichtsräte zu § 1192, Staudinger zu § 1192, ebenso Fiermann: Rostocker Dissertation S. 50).

b) Im Fall des Auseinanderfallens von Eigentümer und persönlichem Schuldner ist die Vorschrift des § 1163 Abs. 1 Satz 2 wie die von Satz 1 als Konsequenz der akzessorischen Natur anzusehen. Die Grundschuld wird von den Schicksalen, die die Forderung treffen, als selbständige Grundstücksbelastung nicht berührt.

IV. Auf Grund dieses Ergebnisses ist im Fall, daß der Eigentümer eines mit einer Grundschuld belasteten Grundstücks persönlich haftet, und den Gläubiger befriedigt, die Entstehung einer Eigentümergrundschuld nach § 1163 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 1192 anzunehmen, denn hier ist die rechtstechnische Lage wie in dem entsprechenden Fall bei der Hypothek (siehe oben III 2 a). Gelangt aber die Forderung, für die die Grundschuld bestellt ist, nicht zur Entstehung, oder erlischt sie im Fall, daß Eigentümer und persönlicher Schuldner verschiedene Personen sind, so können die weiteren Vorschriften des § 1163 nicht angewandt werden, vielmehr wird die Grundschuld in diesem Fall unmittelbar nicht berührt. Der Besteller der Grundschuld erlangt lediglich nach Maßgabe obligationenrechtlicher Grundsätze Konditionsansprüche (§ 812 ff).

1. Bestellt der Eigentümer eine Grundschuld auf Grund einer vermeinten, aber in Wirklichkeit nicht bestehenden Schuld, so hat er die condictio indebiti oder ob falsam causam (§ 812 Satz 1).

2. Bestellt er die Grundschuld für eine künftige Forderung, so hat er im Fall ihres Nichtentstehens die condictio ob causam datarum oder causa data causa non secuta (§ 812 S. 2).

3. Erlischt die Forderung, für die die Grundschuld bestellt ist, so hat der Besteller die condictio ob causam finitam (§ 812 S. 2).

4. Gesetz- oder Sittenwidrigkeit auf Seiten des Grundschuldgläubigers führt zur condictio ob turpem causam (§ 817). — Streit herrscht darüber, ob der Besteller diesen Anspruch auch hat, wenn ihm selbst ein Verstoß zur Last fällt. Die Entscheidung dieser Frage hängt davon ab, ob die Bestellung einer Grundschuld als Leistung oder als Eingehung einer Verbindlichkeit im Sinne des § 817 S. 2 anzusehen ist.

Das R. G. V. Zivilsenat Bd. 63 S. 179 ff., 73 S. 143 ff. hat in der Bestellung einer Grundschuld eine Leistung angenommen, und daher die Condizierbarkeit verneint (R. G. Bd. 63 S. 179 hat dieselbe Entscheidung auch für die Hypothek gefällt; R. G. V. Zivilsenat Bd. 68 S. 97 ff. hat jedoch diesen Standpunkt verlassen, es sieht die Bestellung einer Hypothek als Eingehung einer Verbindlichkeit an, und nimmt daher in dem Fall, daß die der Hypothek zu Grunde liegende Forderung widersittlich ist, Entstehung einer Eigentümerhypothek nach § 1163 Abs. 1 Satz 1 an. Weiter wird auf die die Hypothek betreffenden Entscheidungen, als für den zu besprechenden Fall unwesentlich nicht eingegangen).

Zur Begründung seiner Ansicht bezieht sich R. G. Bd. 63 S. 179 ff. besonders auf die Entstehungsgeschichte des § 817 Satz 2. Man habe für die Fälle, wo die Leistung in Eingehung einer abstrakten Verbindlichkeit bestehe, wodurch der, welcher sie eingehe, sich persönlich in abstrakter Weise verbindlich mache, die Condiction zulassen wollen, da das Gesetz ein wirksames Schuldverhältnis, welches einen Verstoß gegen die guten Sitten in sich trage, nicht anerkennen könne, also auch dann nicht, wenn es in ein abstraktes Rechtsgeschäft eingekleidet sei. Als hierher gehörige Fälle habe man damals angeführt: die Eingehung einer Wechselverbindlichkeit, die Abgabe eines abstrakten Schuldversprechens und die vertrags-

mäßige Anerkennung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses. — Daraus erhelle, daß man an Erfüllungsgeschäfte, die auf dem Gebiet des Sachenrechts liegen, nicht gedacht habe; letztere würden auch insofern einen Gegensatz bilden, als sie eine persönliche Haftung nicht begründen, und ihre Wirkung nur in Ansehung der Sache zu Tage treten lassen.

Auch R. G. Bd. 73 S. 143 ff. bezieht sich auf die angeführten drei Beispiele, und führt weiter aus, wenn der Leistende auf seinem Grundstück eine Grundschuld bestelle, so gebe er damit dem andern Teil sofort einen bestimmten Geldeswert hin, und sei das Versprechen erfüllt. Die erfolgte dingliche Belastung des Grundstücks sei die Hauptsache, die Verpflichtung des jeweiligen Grundeigentümers, den Grundschuldbetrag und die jeweiligen Zinsen aus dem Grundstück zu zahlen, nur die — übrigens durch Veräußerung oder Aufgabe des Grundstücks — abwendbare Folge.

Es ist unbestreitbar, daß die Grundschuld einen Geldeswert enthält, aber die Anschauung, die Belastung des Grundstücks sei die Hauptsache, die Verpflichtung des Grundeigentümers, die Grundschuldsumme zu zahlen, als die sogar abwendbare Folge nur Nebensache, steht zu den tatsächlichen Verhältnissen in Widerspruch. Ebenso könnte man auch sagen, die Ausstellung eines Wechsels sei die Hauptsache, die Verpflichtung zur Zahlung Nebensache. Und enthält nicht auch der Wechsel einen Geldeswert, in Ansehung der Ausstellung desselben, doch niemand zweifelt, daß darin die „Eingehung einer Verbindlichkeit" zu sehen ist? Im Gegenteil gewähren Grundschuldbestellung und Wechselausstellung in übereinstimmender Weise die Aussicht auf eine erst künftige, effektive Leistung; ihr Unterschied liegt lediglich in der Haftung; beim Wechsel besteht persönliche, bei der Grundschuld Sachhaftung.

Was die Entstehungsgeschichte des § 817 Satz 2 betrifft, so finden sich in den Motiven zum B. G. B. Bd. 2 S. 693, 694, 849 als Beispiele für die „Eingehung von Verbindlichkeiten" die Eingehung von Schuldversprechen, Schuldanerkenntnissen und Wechselverpflichtungen, somit nur abstrakte persönliche Verpflichtungen. — Für die Beschränkung des § 817 Satz 2 auf abstrakte persönliche Verpflichtungen spricht nun aber insbesondere das Wort „Verbindlichkeit", denn darunter versteht das Gesetz wie unter dem gleichbedeutenden Wort „Obligation" eine persön-

liche Verbindlichkeit (§ 241); es kann somit direkt die Grundschuldbestellung, die nur eine Realobligation enthält, nicht als Eingehung einer Verbindlichkeit charakterisiert werden.

Der gesetzgeberische Zweck des § 817 Satz 2 ist, wie sich aus den Motiven ergibt, dem widersittlich Leistenden den Rechtsschutz zu verweigern. Wäre nun für den Fall der „Eingehung einer Verbindlichkeit“ eine Ausnahme nicht getroffen, so wäre hier dem Gläubiger, der widersittlich das Versprechen empfangen hat, die Möglichkeit gegeben, den Rechtsschutz gegen den Schuldner zur Herbeiführung der Erfüllung seines Versprechens anzurufen. Diesen würde er aber ebenfalls nicht verdienen. Aus diesem Gedanken heraus und aus dem weiteren, die Rückgängigmachung der zwar unsittlichen, aber doch noch unfertigen Rechtsgeschäfte zu ermöglichen, hat man daher die Fälle der Leistung, in denen der Schuldner „effektiv noch nicht reell geleistet“, sondern nur künftig zu leisten versprochen hat, aus den andern Fällen unter der Bezeichnung „Eingehung einer Verbindlichkeit“ herausgehoben, und hier dem Gläubiger einerseits den Rechtsschutz versagt und dem Schuldner andererseits die Condictionsbefugnis zugesprochen.

Wir haben oben gesehen, daß in der Grundschuldbestellung wie in der Wechselausstellung oder in der Eingehung einer anderen abstrakten persönlichen Verbindlichkeit ein Fall der Leistung enthalten ist, in dem der Schuldner nur die Aussicht auf künftige Leistung eröffnet hat; in beiden Fällen ist „effektiv noch nicht reell geleistet“ und sprechen im Fall der Grundschuldbestellung bei beiderseitigen Widersittlichkeiten die gleichen eben genannten Gründe, die zur Aufnahme des § 817 Satz 2 im B. G. B. geführt haben, dafür, dem Schuldner die Condictionsbefugnis zuzusprechen. — Auf Grund dieser Erwägungen ist die in § 817 Satz 2 enthaltene Ausnahmebestimmung trotz ihres gegen die Anwendbarkeit auf die Grundschuldbestellung sprechenden Wortlauts entsprechend dem gesetzgeberischen Zweck der Vorschrift auf die Grundschuld analog anzuwenden; die Grundschuldbestellung ist als „Eingehung einer Verbindlichkeit“ anzusehen und die Condicierbarkeit zu bejahen.

Wenn die Condicierbarkeit der Grundschuld bei beiderseitiger Widersittlichkeit bejaht wird, so erhebt sich anschließend die weitere Frage, ob dies, wie im Fall der Bestellung einer Grundschuld, auch im Fall der

Abtretung einer Eigentümergrundschuld gilt. Kann man sie noch als „Eingehung einer Verbindlichkeit" gelten lassen, wo doch nach den Worten des B. G. B. die Verpflichtung zur Zahlung des Betrags aus dem Grundstück schon vorher begründet war?

Eine Belastung des Grundstücks ist durch eine Eigentümergrundschuld zweifellos gegeben, doch sind die Wirkungen derselben, besonders durch § 1197 B. G. B. stark abgeschwächt. Tatsächlich „haftet" das Grundstück nicht, was der wesentliche Inhalt der Grundschuld ist; es fehlt die sonst immer in der Grundschuld enthaltene Realobligation. Die Haftung tritt vielmehr erst mit der Abtretung der Eigentümergrundschuld ein, und so ist darin, wie in der Bestellung einer Grundschuld, auch die „Eingehung einer Verbindlichkeit" zu sehen.

V. Den Anspruch auf Uebertragung der Grundschuld hat deren Besteller resp. dessen Erben als materiell Benachteiligte, nicht der jeweilige Eigentümer des belasteten Grundstücks, es sei denn, daß diesem vom Besteller der Anspruch abgetreten wurde, und es richtet sich der Anspruch nach Bereicherungsgrundsätzen lediglich gegen den Bereicherten; eine Ausnahme statuiert nur § 822: hat nämlich der Bereicherte sein Recht unentgeltlich auf einen Dritten übertragen, und ist infolgedessen die Verpflichtung des Bereicherten zur Herausgabe der Bereicherung ausgeschlossen, so ist der Dritte dazu verpflichtet, wie wenn er sine causa vom Gläubiger erworben hätte.

Neben dem Condictionsanspruch erwähnt im Fall der Eingehung einer Verbindlichkeit ohne rechtlichen Grund § 821 auch eine Einrede. Wie im Fall 817 Satz 2, so ist auch hier die Bestellung einer Grundschuld, in der eine Realobligation gelegen ist, als „Eingehung einer Verbindlichkeit", worunter das B. G. B. an sich eine persönliche Obligation versteht, anzusehen; der Analogieschluß in diesem Fall ist unter Berücksichtigung der praktischen Bedürfnisse zwingend. Damit hat der Besteller der Grundschuld gegenüber der Klage aus derselben eine unverjährbare Einrede. Ist die Einrede peremptorisch, so eröffnet sich dem Eigentümer nach § 1169 ein weiterer, sich allerdings nur durch seine Unverjährbarkeit vom Anspruch auf Rückübertragung der Grundschuld unterscheidender Weg, um die bestellte Grundschuld wieder zu erhalten: er kann verlangen, daß der Gläubiger auf die Grundschuld verzichtet.

Die Einrede nach § 821 und den Anspruch des Gläubigers auf Grund des §1169 im Fall, daß die Einrede peremptorisch ist, wollen nun Planck, Kommentar zu § 1192; Staudinger, Kommentar zu § 1192; Biermann, Kretzschmar, Strohal in Iherings Jahrbücher 59. Bd. S. 183, 193, R. G. bei Warneyer 1908 Nr. 454, gegen jeden schlechtgläubigen Erwerber der Grundschuld auf Grund des § 1157 zulassen (anderer Meinung, Kommentar der Reichsgerichtsräte zu § 1191).

§ 1157 bestimmt, daß eine Einrede, die dem Eigentümer auf Grund eines zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses gegen die Hypothek zusteht, auch dem neuen Gläubiger entgegengesetzt werden kann; die Vorschriften der §§ 892, 894—899, 1140 gelten auch für diese Einrede. Daß § 1157 auf die Grundschuld anzuwenden ist, ist außer Zweifel, denn er trifft lediglich eine Bestimmung für die Hypothek, das dingliche Recht.

Die Anwendbarkeit des § 1157 im Fall der Einrede aus § 821, die Grundschuld sei ohne rechtlichen Grund bestellt, hängt davon ab, ob die Einrede auf das persönliche Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Gläubiger beschränkt ist, oder ob sie auch das dingliche Rechtsverhältnis mitergreift. Letzteres ist m. E. als das richtige anzusehen; die Einrede steht dem Eigentümer auch auf Grund des Rechtsverhältnisses zu, das zur Bestellung der Grundschuld für die Forderung geführt hat. Es ist daher festzustellen, daß dieselbe auch gegen jeden Sondernachfolger des Gläubigers geltend gemacht werden kann, soweit derselbe nicht durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs geschützt ist.

Damit erlangt § 1157 für die Grundschuld eine besondere Bedeutung, indem er die Möglichkeit eröffnet, auch Einreden, die die Forderung, für die die Grundschuld bestellt ist, betreffen, geltend zu machen, soweit dieselben das dingliche Recht mitergreifen. Die Anwendbarkeit des § 1157 auf derartige Einreden darf nicht, wie es im Kommentar der Reichsgerichtsräte und bei Schuster Breslauer Dissertation S. 135 geschieht, deshalb verneint werden, weil in den entsprechenden Fällen bei der Hypothek § 1157 durch § 1137 ausgeschlossen werde. § 1157 gibt zu einer derartigen restrictiven Auslegung bei der Grundschuld nirgends einen Anhalt, im Gegenteil ergibt sich aus Protokollen

(Bd. 3 S. 584) sogar ein gewisser Anhalt dafür, daß der gesetzgeberische Zweck des § 1157 ganz allgemein der ist, einen Sondernachfolger vor Einreden nicht zu schützen sofern er zur Zeit des Erwerbs seines Rechts wußte, daß dem Veräußerer gegenüber dieselben begründet waren; § 1157 will alle Einreden treffen, die sich für den Eigentümer auf Grund seines Rechtsverhältnisses zum Veräußerer ergeben.

Ein besonderes Schutzmittel für den Anspruch auf Rückübertragung der Grundschuld ist die Eintragung einer Vormerkung (§ 883 B. G. B.), in welchem Fall der Besteller der Grundschuld die ihm gegen den Bereicherten zustehenden Rechte gegen jeden Sondernachfolger geltend machen kann.

§ 7.

Behandlung der Grundschuld, für die Valuta (=Entgelt für die Grundschuld) nicht geleistet ist d. h. für die eine Forderung nicht oder nicht mehr besteht, in der Zwangsversteigerung.

I. Die Frage, wie die Grundschuld, für die Valuta nicht geleistet ist, in der Zwangsversteigerung zu behandeln ist, wurde das erstemal vom R. G. V. Zivilsenat Bd. 60 S. 251 ff. entschieden. Der Tatbestand war kurz folgender: Auf einem subhastierten Grundstück war eine Grundschuld eingetragen, die nicht in das geringste Gebot fiel. Bei der Verteilung des Versteigerungserlöses liquidierte der Grundschuldgläubiger die Grundschuld nicht in voller Höhe (obwohl sie voll zur Hebung gekommen war), mit der Erklärung, darüber hinaus Valute nicht gegeben zu haben. Der übrig bleibende Teil der Grundschuldsumme wurde nun frei, und es entstand Streit, wem er gebühre, ob dem Grundstückseigentümer oder den im Rang nachstehenden Realgläubigern? Im Gegensatz zu den beiden Vorinstanzen erklärte damals das R. G. die nachstehenden Realgläubiger für anspruchsberechtigt, mit der Begründung, daß einerseits § 1163 Abs. 1 bei der Grundschuld keine Anwendung finde, und andererseits ein Fall des § 1168 nicht vorliege, da ein Verzicht auf die Grundschuld, nachdem das Recht des Gläubigers nach Z. V. G. §§ 52, 91 erloschen sei, nicht mehr in Frage komme, daß vielmehr der Versteigerungserlös in Höhe des nicht liquidierten Be-

trags für die andern Gläubiger frei werde, da die Grundschuld insoweit „ins Leere" falle.

Diese Entscheidung des R. G. wurde in der Folgezeit vielfach angegriffen z. B. von Weidemann (Deutsche Juristenzeitung 1906 S. 1003), Dernburg (Sachenrecht 4. Auflage S. 824 ff.), Strohal (in Iherings Jahrbüchern Bd. 59 S. 149 ff.), ferner Jaeckel, Güthe, Eccius, endlich von Trobitzsch Leipziger Dissertation S. 41 ff., Siehr Jenenser Dissertation, Pfannmöller Jenenser Dissertation, Schuster Breslauer Dissertation S. 129 ff. Mit Recht! Denn die weitere Konsequenz aus der Anschauung des R. G., der sich auch der Commentar der Reichsgerichtsräte zu § 1192 1. Aufl. nicht verschlossen hat, ist doch folgende: Erhebt der Grundschuldgläubiger Anspruch auf den vollen Anteil am Versteigerungserlös, so muß er nach § 812 B. G. B. den Betrag,, insoweit er Valuta nicht geleistet hat und daher bereichert ist, an den Grundschuldbesteller herauszahlen, erhebt er ihn nicht, dann sollen ihn die nachfolgenden Realgläubiger erhalten. Es läge also völlig in der Hand des Gläubigers, wem er den Betrag der nichtvalutierten Grundschuld zuweisen wollte. Sehr unbefriedigend ist weiter bei Zugrundelegung obiger Auffassung des R. G., daß den nachstehenden Realgläubigern ein unerwarteter und völlig unverdienter Vorteil zufiele.

Unter dem Druck dieser Kritik hat denn auch das Reichsgericht V. Zivilsenat Bd. 78 S. 60 ff. seine Ansicht geändert; es spricht jetzt den Erlösteil des nicht liquidierten Betrags den Grundschuldbestellern zu. Zur Begründung wird ausgeführt: In der Erklärung, nur einen Teilbetrag am Versteigerungserlös für die Grundschuld liquidieren zu wollen, da hinsichtlich des weiteren Teils Valuta nicht geleistet sei, sei eine rechtsgeschäftliche Erklärung nicht zu erblicken, die auf eine Aenderung des aus der Grundschuld sich ergebenden Rechts am Versteigerungserlös bezüglich des nicht liquidierten Teils gerichtet wäre, der Grundschuldgläubiger bleibe nach wie vor Gläubiger des rechtsbeständigen Teils des Rechts. Die Uebertragung dieses Anspruchs könne alsdann der Grundschuldbesteller auf Grund des bestehenden Vertrags oder nach § 812 verlangen.

II. Nach der oben in § 6 niedergelegten Ansicht ist im Fall des Untergehens der Forderung bei Zusammentreffen von Personal- und

Realschuldner in einer Person eine Eigentümergrundschuld auf Grund des § 1163 Abs. 1 Satz 2 entstanden, ebenso, wenn der vom Personalschuldner verschiedene Realschuldner den Gläubiger befriedigt und damit die Forderung zum Erlöschen gebracht hat. — Eine Erklärung des Gläubigers, daß er den zur Hebung gelangten Betrag der Grundschuld insoweit nicht liquidiere, als die Forderung erloschen sei, ist hiernach völlig unerheblich.

Die Ansicht des R. G., die Erklärung, nur einen Teilbetrag am Versteigerungserlös für die Grundschuld liquidieren zu wollen, sei keine rechtsgeschäftliche, die auf eine Aenderung des aus der Grundschuld sich ergebenden Rechts am Versteigerungserlös gerichtet sei, steht in den weiteren Fällen — Nichtentstehung der Forderung oder Tilgung derselben durch einen vom Realschuldner verschiedenen Personalschuldner —, wo die Grundschuld nicht berührt wird, mit den tatsächlichen Verhältnissen in Widerspruch. Die Verzichterklärung ist danach vielmehr eine rechtsgeschäftliche Erklärung, in der der Gläubiger sagt, zwar sei er Gläubiger der bisherigen Grundschuld gewesen, und habe jetzt das an ihre Stelle getretene Recht am Versteigerungserlös, doch entbehre dieser Sachverhalt des rechtlichen Grunds, da die Grundschuld oder ein Teil derselben nicht valutiert sei; der Grundschuldbesteller habe daher Uebertragung der Grundschuld oder eines Teils derselben nach § 812 verlangen können, oder könne heute den Versteigerungserlös oder einen Teil desselben fordern; diesen gegen ihn bestehenden Condictionsanspruch erfülle er hiemit.

Durch die Verzichterklärung geht alsdann das Recht am Versteigerungserlös auf den Grundschuldbesteller über, und kommt man ebenfalls auf diesem Wege zu dem nun vom R. G. vertretenen, allein den Interessen des Verkehrs entsprechenden Standpunkt.

§ 8.

Schuldnerwechsel.

I. Im 5. Abschnitt des Obligationenrechts über die Schuldübernahme stellt das B. G. B. für die Uebernahme hypothekarisch gesicherter Schulden zwei besondere Vorschriften auf, eine über die Wirkung der

Uebernahme der persönlichen Schuld auf die Hypothek (§ 418), und ferner eine weitere, die einen neben den allgemeinen Schuldübernahmeverträgen der §§ 414 und 415 stehenden besonderen Vertragstyp für die Uebernahme hypothekarisch gesicherter Schulden durch den Grundstückserwerber zur Wahl stellt. (§ 416.)

1. Im Fall der Uebernahme der persönlichen Schuld tritt bezüglich der Hypothek nach § 418 das gleiche ein, wie wenn der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet, d. h. es entsteht Eigentümerhypothek (§ 1168), es sei denn, daß der Eigentümer des verhypothezierten Grundstücks in die Schuldübernahme einwilligt.

2. In § 416 gibt das Gesetz Sonderbestimmungen für den Fall der Uebernahme der persönlichen Schuld durch den Erwerber eines Grundstücks, an dem für dieselbe eine Hypothek bestellt ist, im Wege des Vertrags mit dem Veräußerer. § 416 gibt seine Sonderbestimmungen für den Fall, daß der Gläubiger sich schweigend verhält, und fingiert im Gegensatz zu § 415 das Schweigen als Genehmigung.

II. Der Gesetzgeber hat bei der Aufstellung der Vorschriften über die Hypothek und das Pfandrecht in § 418 in erster Linie an die Fälle der Intercession, der Verpfändung und Verhypothezierung für fremde Schuld gedacht; dies ergibt sich klar aus den Protokollen (Bd. 1 S. 423). Verpfändung und Verhypothezierung für die Schuld eines Dritten werden nun vom Gesetz, entsprechend dem ihnen beigelegten akzessorischen Charakter, wie die Bürgschaft als akzessorische Intercession behandelt, und es wird davon ausgegangen, daß es unbillig wäre, wenn der Intercedent einem etwaigen Schuldnerwechsel ausgesetzt wäre, da er doch regelmäßig im Vertrauen darauf handeln werde, daß der Hauptschuldner es zu seiner Inanspruchnahme nicht kommen lassen, rechtzeitig erfüllen, und so den Intercedenten befreien werde. — Sind Real- und Personalschuldner identisch, so ist die Tragweite des § 418 nicht sehr groß. Er greift dann nur beim Schuldübernahmevertrag nach § 414 Platz, während im Fall des § 415 im Abschluß des Vertrags die Einwilligung des Schuldners zu sehen ist; gehört der verhaftete Gegenstand dem Uebernehmer (wie im Fall des § 416), so ist dessen Einwilligung im Abschluß des Vertrags zu sehen (vergl. Planck, Commentar § 418, 3).

Wenn eine Personalforderung und eine Grundschuld verknüpft sind,

so ist § 418 nicht anwendbar, da die Grundschuld nach dem Gesetz kein akzessorisches Nebenrecht, sondern eine selbständige dingliche Belastung ist; niemals kann rechtlich in der Grundschuldbestellung nach dem Standpunkt des Gesetzes eine akzessorische Intercession erblickt werden, mag die Bestellung einer Grundschuld sich auch bisweilen wirtschaftlich als Eintreten für fremde Schuld darstellen. Abzulehnen ist insbesondere die Ansicht von Neumann (Handausgabe des B. G. B. Bd. 1 § 1191), wonach in den Fällen, wo die Grundschuld sich als Nebenrecht, insbesondere als Sicherungsmittel für eine Forderung darstelle, § 418 anzuwenden sei; denn die Grundschuld kann rechtlich nie als Nebenrecht aufgefaßt werden, sie ist eine abstrakte, von einer eventl. zu Grund liegenden Forderung unabhängige Grundstücksbelastung. — Im Fall der Uebernahme der persönlichen Schuld, für die eine Grundschuld bestellt ist, wird somit letztere nicht berührt.

III. Die Anwendung des § 416 auf die Grundschuld wird von der herrschenden Meinung abgelehnt (so R. G., Staudinger, Planck, Oertmann, Commentare zu § 416; für die Anwendung: Brettner in Gruchots Beiträgen 42 S. 725; ebenso Huther in Meckl. Zeitschrift für Rechtspflege Bd. 18 S. 79).

Die ablehnende Meinung beruft sich vor allem auf die Protokolle (Bd. 1 S. 418), wonach ein Antrag auf Ausdehnung der damals dem § 416 entsprechenden Bestimmung auf die Grundschuld, in Ansehung der dem Veräußerer eine persönliche Verbindlichkeit obliegt, zu übertragen, ausdrücklich abgelehnt wurde.

Nach den Protokollen wurde zur Begründung dieses Vorschlags geltend gemacht: Die Grundschuld werde nicht selten zur Sicherung einer persönlichen Verbindlichkeit bestellt, oder durch die Uebernahme einer solchen auf den Betrag der Grundschuldsumme verstärkt. Derartige in Zusammenhang mit einer persönlichen Forderung gebrachte Grundschulden müßten, wie im Fall der Zwangsversteigerung, auch im Fall der freiwilligen Veräußerung, wenn mit der Grundschuld die persönliche Verbindlichkeit in Anrechnung auf das Kaufgeld übernommen werde, den in Anrechnung auf das Kaufgeld übernommenen Hypotheken gleichgestellt werden. — Die Mehrheit lehnte den Antrag ab, indem sie erwog: Für den Gesetzgeber bestehe keine Veranlassung, die Fälle, in denen zu-

folge besonderer Verabredung die an sich von einer persönlichen Verbindlichkeit unabhängige Grundschuld in eine gewisse Verbindung mit einer persönlichen Schuld gesetzt sei, zu berücksichtigen. Die Grundschuld habe den Zweck, dem reinen Realkredit zu dienen; die Verbindung mit einer persönlichen Schuld entspreche nicht ihrer Bestimmung. Habe sich der Gläubiger einmal neben der Grundschuld die persönliche Haftung des Bestellers derselben ausbedungen, so würde es unbillig sein, die Haftung auf die er Gewicht gelegt habe, der Vorschrift der Hypothekenschulden, bei denen man der persönlichen Haftung in der Regel keine Bedeutung beilege, zu unterstellen.

In diesen Gründen der Mehrheit der Kommission liegt ein Fehler darin, daß gleichsam die rechtlich abstrakte Natur der Grundschuld überschätzt wurde, indem nicht daran gedacht zu sein scheint, daß die Grundschuld tatsächlich regelmäßig auch mit einer persönlichen Forderung verknüpft ist. Wenn weiter gesagt wird: habe sich der Gläubiger einmal neben der Grundschuld die persönliche Haftung des Bestellers ausbedungen, so würde es unbillig sein, die Haftung, auf die er Gewicht gelegt habe, der Vorschrift für Hypothekenschulden, bei denen man der persönlichen Haftung in der Regel keine Bedeutung beilege, zu unterstellen, so zeigt sich auch hier eine Verkennung der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, denn es handelt sich in den wenigsten Fällen um ein „Ausbedingen der persönlichen Haftung", sondern es ergibt sich dieselbe meist von selbst, da nach heutigem Recht der Schuldner immer persönlich haftet, wenn nicht die persönliche Haftung besonders „wegbedungen" ist.

Weiter macht man für die ablehnende Meinung geltend, daß die Beziehung zwischen der Personalobligation und der Grundschuld eine ganz lose, im Grundbuch nicht zum Ausdruck kommende sei (so Oertmann). Dies trifft wohl rechtlich zu, da besonders auch § 1153, wie unten § 10 darzulegen ist, auf die Grundschuld keine Anwendung findet, aber wirtschaftlich weist die Verbindung von persönlicher Forderung und dinglichem Recht bei der Hypothek und der Grundschuld keine Abweichung auf, und die Interessen besonders des Veräußerers sind bei beiden Belastungsformen die gleichen; die Interessen des Veräußerers aber wollte der Gesetzgeber durch die Bestimmung des § 416 in erster Linie wahrnehmen.

Ob § 416 auf die mit einer persönlichen Forderung verknüpfte Grundschuld anzuwenden ist, kann im übrigen weder aus den Protokollen, noch aus allgemeinen Betrachtungen, sondern nur aus der Regel des § 1192 beantwortet werden, wonach diejenigen Vorschriften über die Hypothek auf die Grundschuld zur Anwendung kommen, die nicht auf ihrer akzessorischen Natur beruhen. Es ist die Frage zu beantworten, ob § 416 eine Vorschrift über die Hypothek enthält, die auf ihrer akzessorischen Natur beruht. Diese Frage ist zu verneinen, der Gesetzgeber ließ sich gleichsam von wirtschaftlichen Gesichtspunkten und den tatsächlichen Verhältnissen leiten, wonach die Hypothek in der Mehrzahl der Fälle die Hauptsache ist, und schuf in § 416 so eine Vorschrift, nach der entgegen der sonstigen Auffassung des B. G. B. die Hypothek gleichsam als Hauptsache, die Forderung mehr oder weniger als Mitläufer erscheint, indem er die Uebernahme der persönlichen Schuld durch den Grundstückserwerber und so die Befreiung des Veräußerers von der persönlichen Haftung besonders erleichterte. Die Anwendbarkeit des § 416 auf die Grundschuld, für die eine persönliche Forderung besteht, ist somit zu bejahen.

Besonders ist die Anwendbarkeit des § 416 B. G. B. ausgesprochen in Z. V. G. § 53 Abs. 2. Hier ist bestimmt: Haftet bei einer Grundschuld, die bestehen bleibt, der Schuldner zugleich persönlich, so übernimmt der Ersteher die Schuld in Höhe der Grundschuld, und findet § 416 B. G. B. mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, daß als Veräußerer der Schuldner anzusehen ist, sofern der Schuldner spätestens im Versteigerungstermin vor der Aufforderung zur Abgabe von Geboten die gegen ihn bestehende Forderung unter Angabe ihres Betrags und Grunds angemeldet, und auf Verlangen des Gerichts oder eines Beteiligten glaubhaft gemacht hat.

§ 9.

Auseinanderfallen (Divergenz) von Personal- und Realschuldner.

I. Ein Auseinanderfallen von Real- und Personalschuldner kann auf verschiedene Weise entstehen; allgemein kann man zwei Fälle unterscheiden:

1. Die beiden Schuldner sind von Anfang an verschiedene Personen, z. B. wenn der Realschuldner für den Personalschuldner oder der Personalschuldner für den Realschuldner intercediert.

2. Die beiden Schuldner werden später verschiedene Personen, z. B. durch Veräußerung des belasteten Grundstücks, ohne daß der Erwerber die persönliche Schuld übernimmt, oder durch Uebernahme der persönlichen Schuld durch einen andern.

II. Auf das Verhältnis von Real- und Personalschuldner im Fall der Divergenz hat das B. G. B. bei der Hypothek Bürgschaftsnormen — mit einer Ausnahme — übertragen, und dem Personalschuldner die Stellung des Hauptschuldners, dem Realschuldner die des Bürgen zugewiesen.

1. Hinsichtlich des internen Verhältnisses zwischen Real- und Personalschuldner gilt: Befriedigt der Realschuldner den Gläubiger, so geht die Forderung des Gläubigers gegen den Personalschuldner auf ihn über, und er erwirbt die forderungsbekleidete Eigentümerhypothek; § 774 Abs. 1 findet entsprechende Anwendung (§ 1143). Befriedigt der Personalschuldner den Gläubiger, so erwirbt der Realschuldner die Eigentümerhypothek (§ 1163). Letztere Norm ist nun aber — und damit auch die bis dahin konsequent durchgeführten Bürgschaftsgrundsätze — durch § 1164 durchbrochen, der eine Ausnahme von § 1163 zu Gunsten des regreßberechtigten Personalschuldners enthält, und den für das neutrale Gesamtschuldverhältnis gültigen Grundsatz des § 426 Abs. 2 überträgt; wenn nämlich der Personalschuldner den Gläubiger befriedigt, und er vom Eigentümer oder einem Rechtsvorgänger desselben Ersatz verlangen kann, so geht insoweit die Hypothek auf ihn über.

2. Hinsichtlich der Haftung von Personal- und Realschuldner bestimmt § 1137, daß der Realschuldner gegen die Hypothek die dem Personalschuldner gegen die Forderung und die nach § 770 einem Bürgen zustehenden Einreden geltend machen kann. Besondere in Konsequenz des § 1164 aufgestellte Normen finden sich in § 1165 ff.

III. Das frühere mecklenburgische Recht gab dem persönlichen Schuldner das Recht, vom Gläubiger gegen volle Befriedigung seines Anspruchs die Abtretung der Hypothek zu verlangen, während es um-

gekehrt dem Realschuldner ein entsprechendes Recht versagte (vergl. von Meibom: Mecklenburgisches Hypothekenrecht S. 232 f.).

IV. Was die für das Gebiet der Hypothek gegebenen Vorschriften des B. G. B. betrifft, so sind dieselben, soweit sie Bürgschaftsnormen enthalten und damit der Realobligation die Stellung einer zur Personalobligation hinzutretenden akzessorischen Obligation geben, auf die Grundschuld nach § 1192 unanwendbar; die Grundschuld steht zur persönlichen Forderung nicht im Verhältnis eines Nebenrechts zu einem Hauptrecht, sondern in einem völligen unabhängigen Verhältnis.

Bei der Grundschuld stehen die beiden Schuldner grundsätzlich gleich, beide sind zu der gleichen Leistung verpflichtet, die aber der Gläubiger nur einmal verlangen darf, und so fragt es sich, ob nicht ein Gesamtschuldverhältnis nach § 421 ff. B. G. B. als vorliegend anzunehmen ist (zu vergl. auch Protokolle Bd. 3 S. 728). Von den beiden Schuldnern haftet aber nur einer, der Personalschuldner, persönlich mit seinem Vermögen, was zur Erfüllung des bürgerlich-rechtlichen Begriffs der Obligation gehört, der andere, der Realschuldner, haftet selbst nicht, er hat die Leistung nur aus seinem Grundstück zu bewirken, nur dieses haftet. Man hat also nur ein vollkommenes Schuldverhältnis, das andere, die Realobligation ist ein unvollkommenes.

Die Vorschriften des B. G. B. über die Gesamtschuld können somit direkt auf das vorliegende Verhältnis nicht übertragen werden, da das Gesetz unter einer Mehrheit von Obligationen eine Mehrheit von vollkommenen, die persönliche Haftung enthaltenden Schuldverhältnissen versteht, und hier nur eine vollkommene Obligation besteht, während durch die andere nur eine Sachhaftung begründet ist. Sonst aber werden die Voraussetzungen eines Gesamtschuldverhältnisses erfüllt, und da das Gesetz bei der Regelung des entsprechenden Verhältnisses bei der Hypothek, wo auch eine vollkommene und eine Realobligation vorkommen, Normen des Bürgschaftsrechts, die an sich auch nur für zwei vollkommene Obligationen gegeben sind, übertragen hat, so können hier unbedenklich die Gesamtschuldgrundsätze allgemein im Wege der Analogie übertragen werden, beschreitet man doch damit eigentlich nur den vom Gesetz selbst vorgezeichneten Weg.

Wie nun das B. G. B. die Bürgschaftsgrundsätze nicht in Bausch und Bogen auf das Hypothekenrecht übertragen, sondern einerseits gewisse Vorschriften, z. B. die Einrede der Vorausklage (§ 771) weggelassen, andererseits die Bürgschaftsvorschriften durchbrochen und durch andere (§ 1164) ergänzt hat, ebensowenig dürfen wir hier die Grundsätze von § 421 ff. kritiklos übernehmen; es ist jeweils zu untersuchen, ob dieselben auf das vorliegende Gesamtschuldverhältnis passen und im einzelnen anwendbar sind. Was die §§ 1164 ff betrifft, so wird über deren Anwendbarkeit unter V. bei Besprechung der einzelnen in Betracht kommenden Fälle entschieden werden.

V. Im einzelnen gilt für das Verhältnis von Real- und Personalschuldner folgendes:

1. Bezüglich des internen Verhältnisses zwischen Personal- und Realschuldner:

a) Die Vorschrift des § 426 Abs. 1, wonach die Gesamtschuldner im Verhältnis zu einander im Zweifel zu gleichen Anteilen verpflichtet sind, ist auf das vorliegende Gesamtschuldverhältnis anwendbar. Huther (in mecklenburgischer Zeitschrift für Rechtspflege Bd. 18 S. 73 f.) hat die Anwendbarkeit des § 426 Abs. 1 verneint, und zwar macht er einerseits geltend, man wisse gar nicht, mit wem der persönliche Schuldner als in einem inneren Schuldverhältnis stehend angesehen werden solle, mit dem Eigentümer oder mit dem Grundstück?, andererseits beruft er sich auf die Motive zu § 426 Abs. 1. — Aus dem ersten rein theorethischen und für die Praxis nicht in Betracht kommenden Einwand können m. E. Folgen nicht gezogen werden, und was die Berufung auf die Motive zu § 426 betrifft, so scheint mir deren Aeußerung eher für die Anwendbarkeit des § 426 zu sprechen; denn es wird dort (Bd. 2 S. 169 f.) ausgeführt, daß praktische Erwägungen eine dispositive Vorschrift erheischen, daß die Gesamtschuldner im Zweifel zu gleichen Anteilen verpflichtet sind, und daß damit auch zum Ausdruck gebracht werde, daß die Gesamtschuldner als in einem inneren Schuldverhältnis stehend anzusehen sind, das sie verpflichtet, so zu handeln, daß es zu keinem Regreß kommt. — Die Bedürfnisse, die § 426 Abs. 1 befriedigen will, liegen auch in unserem Fall vor.

b) Bezüglich der Anwendbarkeit des § 426 Abs. 2, wonach auf den den Gläubiger befriedigenden Gesamtschuldner, soweit er von den übrigen Gesamtschuldnern Ausgleichung erlangen kann, die Forderung des Gläubigers gegen diese übergeht, ist zu unterscheiden:

aa) Befriedigt der Realschuldner den Gläubiger, so erwirbt er, wie oben § 6 III 2 a nachgewiesen, die Eigentümergrundschuld. Soweit der Realschuldner vom Personalschuldner Ausgleichung verlangen kann, geht die Forderung des Gläubigers gegen den Personalschuldner auf den Realschuldner über (§ 426 Abs. 2).

bb) Befriedigt der Personalschuldner den Gläubiger, so erlangt damit, wie oben § 6 IV 3 nachgewiesen, der Eigentümer die condictio ob causam finitam (§ 812 Satz 2). Es erhebt sich nun die Frage, ob im Fall, daß der Personalschuldner vom Realschuldner Ausgleichung, Ersatz verlangen kann, § 426 Abs. 2 Anwendung findet, und der Personalschuldner die Grundschuld im Wege der cessio legis erlangt. Hier ist gleichzeitig der Fall gegeben, auf den das B. G. B. bei der Hypothek in § 1164 Normen des Gesamtschuldrechts übertragen hat. § 1164 enthält den § 426 Abs. 2, und geht insofern noch weiter, als er die Hypothek auch insoweit auf den Personalschuldner übergehen läßt, als dieser von einem Rechtsvorgänger des Realschuldners Ersatz verlangen kann.

Ob § 1164 auf die Grundschuld Anwendung findet, hängt davon ab, ob die darin enthaltene Vorschrift als eine solche anzusehen ist, die auf der akzessorischen Natur der Hypothek beruht oder nicht (§ 1192). § 1164 regelt das Schicksal der Hypothek in einer besonderen Gruppe von Fällen, wo der vom Eigentümer verschiedene Personalschuldner die Forderung zum Erlöschen gebracht hat. Während die allgemeine Vorschrift des § 1163 Abs. 1 Satz 2 in den Fällen des Erlöschens einer Personalobligation Entstehung der Eigentümerhypothek anordnet, setzt die besondere des § 1164, wenn in diesen Fällen der Personalschuldner Ersatz vom Realschuldner oder einem Rechtsvorgänger verlangen kann, Uebergang der Hypothek auf den Personalschuldner fest. Es wurde oben § 6 III 2 b nachgewiesen, daß die Vorschrift des § 1163 Abs. 1 Satz 2 im Fall der Divergenz von Real- und Personalschuldner als auf der akzessorischen Natur der Hypothek beruhend anzusehen ist. Wie § 1163 Abs. 1 Satz 2 in diesem Fall der Divergenz, so beruht auch § 1164 auf der akzes-

sorischen Natur der Hypothek, beide geben für den Fall des Untergangs der Forderung Bestimmungen über das Schicksal der Hypothek, die an sich als akzessorisches Nebenrecht, als vom Bestand der Forderung abhängige Grundstücksbelastung untergehen müßte. Das Gesetz will das vermeiden, und spricht im allgemeinen die Hypothek dem Eigentümer, im besonderen Fall dem Personalschuldner zu.

Auch die herrschende Lehre verneint die Anwendbarkeit des § 1164 auf Grundschuld (Kommentar der Reichsgerichtsräte zu § 1192, Staudinger zu § 1192, Planck zu § 1192, Trobitzsch: Leipziger Dissertation S. 37, 38, Düker: Leipziger Dissertation S. 35, Fiermann: Rostocker Dissertation S. 51, 52, Schuster: Breslauer Dissertation S. 127; anderer Meinung Huther in mecklenburgischer Zeitschrift Bd. 18 S. 75 ff., Fuchs Grundbuchrecht § 1192; nach den Protokollen Bd. 3 S. 710 hat die Kommission zur Frage keine Stellung genommen).

Auf Grund unserer anfangs gehabten Betrachtung hat nun der Grundsatz des § 426 Abs. 2 auf das Verhältnis von Real- und Personalschuldner Anwendung zu finden, soweit nicht daraus ein anderes folgt, daß das Gesamtschuldverhältnis ein solches ist, das nur eine vollkommene Obligation enthält, während die andere eine Realobligation und zwar eine abstrakte ist. Daraus, daß die eine Obligation eine Realobligation ist, kann die Unanwendbarkeit des § 426 Abs. 2 schon deshalb nicht folgen, da er von § 1164 auf das Hypothekenrecht übertragen wurde. Wohl aber folgt die Unanwendbarkeit des § 426 Abs. 2 aus der abstrakten Natur der Realobligation; die Grundschuld ist prinzipiell unabhängig von der Personalobligation; deren Schicksale berühren die Grundschuld nicht; ebensowenig, wie durch Erlöschen der Personalobligation eine Eigentümergrundschuld entsteht, kann auch ein Uebergang der Grundschuld im Wege der cessio legis auf den Personalschuldner stattfinden. Die Grundschuld bleibt in beiden Fällen in der Hand des Gläubigers, wie wenn ein beliebiger Dritter denselben befriedigt hätte (§ 267).

Es besteht nun aber ein dringendes Bedürfnis, daß der Personalschuldner im Fall, daß er nach durch ihn bewirkter Befriedigung des Gläubigers Ausgleichung vom Realschuldner verlangen kann, die Möglichkeit hat, die Grundschuld vom Gläubiger zu erlangen, da er als Grundschuldgläubiger in zahlreichen Fällen viel sicherer zu seiner Be-

friedigung kommen wird, als auf dem Weg lediglich der persönlichen Forderung, ein Postulat, das den Gesetzgeber auch bei der Hypothek zur Schaffung des § 1164 geführt hat.

Während das römische Recht dem den Gläubiger befriedigenden Gesamtschuldner, falls er Ausgleichung verlangen konnte, ein Recht auf Klageabtretung, das beneficium cedendarum actionum gab, ging das B. G. B. aus praktischen Gründen (zu vergl. Motive Bd. 2 S. 170) einen Schritt weiter, und statuierte in diesem Fall den Uebergang der Rechte des Gläubigers kraft Gesetzes. Die diesen Gedanken enthaltenden §§ 426, 1164 haben wir oben im Fall der Befriedigung des Gläubigers durch den Personalschuldner auf das vorliegende Verhältnis für nicht anwendbar erklärt, da die Grundschuld wegen ihrer abstrakten Natur von Tatsachen, die in der ihr zu grundliegenden Forderung gelegen sind, an sich nicht berührt werde, und so in diesem Fall im Weg der cessio legis nicht übergehen könne. Zu ihrem Uebergang ist vielmehr stets ein Abtretungsvertrag für erforderlich zu erachten. — Als ein minus steckt nun in den §§ 426, 1164 das Recht auf Abtretung, das beneficium cedendarum actionum; nach einem solchen Recht hat der Personalschuldner ein dringendes Bedürfnis, und wir haben es ihm auf Grund des in den §§ 426, 1164 befindlichen allgemeinen gesetzgeberischen Gedankens, dem Gesamtschuldner die Rechte des Gläubigers im Fall der durch ihn erfolgten Befriedigung des letzteren einzuräumen, zu gewähren; damit ergibt sich für den Personalschuldner derselbe Rechtsbehelf wie bei der mecklenburgischen Hypothek (zu vergl. auch Planck, Commentar zu § 1192).

2. Was die Haftung nach außen hin betrifft, so stehen sich Real- und Personalschuldner grundsätzlich gleich. Der Gläubiger kann nach seinem Belieben von jedem die Leistung fordern (§ 421).

In §§ 1165—1167 gibt das B. G. B. drei Vorschriften im Interesse des Personalschuldners:

a) Verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek oder hebt er sie nach § 1183 auf oder räumt er einem andern Recht den Vorrang ein, so wird der persönliche Schuldner insoweit frei, als er ohne diese Verfügung nach § 1164 aus der Hypothek hätte Ersatz erlangen können (§ 1165).

b) Ist der persönliche Schuldner berechtigt, von dem Eigentümer Ersatz zu verlangen, falls er den Gläubiger befriedigt, so kann er, wenn der Gläubiger die Zwangsversteigerung des Grundstücks betreibt, ohne ihn unverzüglich zu benachrichtigen, die Befriedigung des Gläubigers wegen Ausfalls bei der Zwangsversteigerung insoweit verweigern, als er in Folge der Unterlassung der Benachrichtigung einen Schaden erleidet. Die Benachrichtigung darf unterbleiben, wenn sie untunlich ist (§ 1166).

c) Erwirbt der persönliche Schuldner, falls er den Gläubiger befriedigt, die Hypothek oder hat er im Fall der Befriedigung ein sonstiges rechtliches Interesse an der Berichtigung des Grundbuchs, so stehen ihm die in den §§ 1144, 1145 bestimmten Rechte zu (§ 1167). — In § 1144 wird bestimmt, daß der Eigentümer gegen Befriedigung des Gläubigers die Aushändigung des Hypothekenbriefs und der sonstigen Urkunden verlangen kann, die zur Berichtigung des Grundbuchs oder zur Löschung der Hypothek erforderlich sind. Für den Fall teilweiser Befriedigung statuiert § 1145 eine Pflicht des Gläubigers, diese auf dem Brief zu vermerken, und den Brief zum Zweck der Berichtigung des Grundbuchs oder der Löschung dem Grundbuchamt oder zum Zweck der Herstellung eines Teil-Hypothekenbriefs für den Eigentümer der zuständigen Behörde oder einem zuständigen Notar vorzulegen. (Die beiden hier angeführten §§ 1144, 1145 finden auf die Grundschuld als lediglich das dingliche Recht betreffende Vorschriften Anwendung.)

Die Anwendbarkeit dieser drei Vorschriften der §§ 1165—1167 auf die Grundschuld wird von der herrschenden Lehre verneint (Commentar der Reichsgerichtsräte § 1192, Staudinger § 1192, Planck § 1192, der aber § 1167 anwenden will, Trobitzsch: Leipziger Dissertation S. 37, 38, Düker: Leipziger Dissertation S. 35, Fiermann: Rostocker Dissertation S. 51, 52, Schuster: Breslauer Dissertation S. 142, 143, der aber § 1167 nur insoweit auf die Grundschuld nicht anwenden will, als in ihm davon die Rede ist, daß der persönliche Schuldner, der infolge Befriedigung des Gläubigers die Hypothek erwerbe, die Rechte aus § 1144 f. habe, anderer Meinung Fuchs zu § 1192, Huther, die sämtliche drei Paragraphen anwenden wollen). Auf verneinender wie auf bejahender Seite wird die Antwort regelmäßig entsprechend der für § 1164

getroffenen Entscheidung gegeben, indem die Paragraphen lediglich als Folgerungen des § 1164 angesehen werden.

Dies ist zweifellos unrichtig für die zweite Alternative des § 1167, denn er bezieht sich nur auf den Fall des Erlöschens der Forderung nach § 1163 Abs. 1 Satz 2. Ob § 1167 in diesem Umfange auf die Grundschuld anwendbar ist, richtet sich nach § 1192, und ist zu bejahen, da in der Bestimmung keine Folge der akzessorischen Natur der Hypothek zu sehen ist (ebenso Schuster: Breslauer Dissertation Seite 142, 143).

Aber auch bezüglich der Vorschriften der §§ 1165, 1166 kann die angegebene Behandlung der Frage nicht als richtig angesehen werden. Allerdings sind die §§ 1165 und 1166, oberflächlich betrachtet, Konsequenzen aus § 1164, ohne welchen sie im Hypothekenrecht, das im Fall der Divergenz von Real- und Personalschuldner sonst Bürgschaftsnormen eingeführt und dabei dem Personalschuldner die Stellung des Hauptschuldners zugewiesen hat, keinen Raum hätte. Es ist nun aber zu beachten, daß durch § 1164 Gesamtschuldgrundsätze auf einen bestimmten Fall des Auseinanderfallens von Personal- und Realschuldner übertragen werden, und daß ohne die §§ 1165 und 1166 eine durch § 1164 dem persönlichen Schuldner eröffnete Aussicht in ihrem Ergebnis stets durch den Gläubiger in Frage gestellt werden könnte; so könnte dem persönlichen Schuldner sein Anspruch auf die Hypothek z. B. jederzeit durch Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek vereitelt, und er alsdann auf den Weg eines vielleicht aussichtslosen persönlichen Anspruchs gewiesen werden. Wir haben daher die §§ 1165 f. als Vorschriften anzusehen, die nicht lediglich den § 1164 ergänzende sind, sondern solche, die das Recht der Gesamtschuld modifizieren, wenn dasselbe bei Zusammentreffen einer Personal- und Realobligation zur Anwendung kommt.

Nach oben IV. haben wir uns für Anwendung der Gesamtschuldgrundsätze auf die Grundschuld schlechtweg erklärt; hier wie bei der Hypothek im Fall des § 1164 spricht nun dasselbe dringende Interesse für die Anwendung der §§ 1165 f., und es ist somit zu fragen, ob § 1192 ihre Uebertragung auf die Grundschuld zuläßt.

Die Antwort hat m. E. zu lauten, daß die §§ 1165 und 1166 anzuwenden sind. In § 1165 sind die Worte „nach § 1164" zu streichen, da § 1164 keine Anwendung auf die Grundschuld findet, und der Personalschuldner an seiner Stelle ein Recht auf Abtretung der Grundschuld hat.

Was endlich § 1167 (1. Alternative) betrifft, so ist diese Bestimmung mit der herrschenden Lehre als Folgerung des § 1164 anzusehen; durch § 1167 (1. Alternative) erhält der persönliche Schuldner, der durch Gesetz nach § 1164 die Hypothek erwirbt, dieselben Rechte, wie sie der Eigentümer in diesem Fall hat. Die Grundschuld erwirbt der persönliche Schuldner durch Gesetz nicht, § 1164 findet keine Anwendung, er kann sie lediglich durch Rechtsgeschäft erwerben, und so ist für § 1167 (1. Alternative) kein Raum im Recht der Grundschuld.

VI. Die unter V angeführten Normen gelten auch dann, wenn statt der Grundschuld eine Gesamtgrundschuld besteht, d. h. eine Grundschuld, bei der aus mehrerenGrundstücken eine Geldsumme zu zahlen ist.

Besonderheiten treten auf, wenn die mehreren Grundstücke verschiedenen Eigentümern gehören, und der den Gläubiger befriedigende Personalschuldner nur von einem oder einigen (nicht allen) Eigentümern dieser Grundstücke Ausgleichung, Ersatz verlangen kann.

Für das entsprechende Verhältnis bei der Gesamthypothek bestimmt § 1174, daß die Hypothek am Grundstück des Eigentümers, von dem der Personalschuldner Ersatz verlangen kann, auf ihn übergeht, während die Hypotheken an den andern Grundstücken erlöschen.

§ 1174 gibt damit eine den § 1164 ergänzende Vorschrift, und ist aus denselben Gründen wie dieser auf die Grundschuld für unanwendbar zu erklären (so auch Staudinger, Turnau-Förster zu § 1192, Düker: Leipziger Dissertation S. 59, Fiermann: Rostocker Dissertation S. 54, Schuster: Breslauer Dissertation S. 159; anderer Meinung Fuchs zu § 1192). Der Personalschuldner ist auch hier auf denselben Rechtsbehelf, auf den er oben V. wegen Ausfalls des § 1164 verwiesen wurde, zu verweisen, er hat nach der durch ihn erfolgten Befriedigung des Gläubigers einen Anspruch gegen denselben, ihm die am Grundstück des Eigentümers, gegen den der Personalschuldner seinen Ersatzanspruch hat, bestehende Grundschuld abzutreten.

Wie gestaltet sich nun aber das Schicksal der Grundschulden, gegen deren Eigentümer der Personalschuldner keinen Anspruch hat, und die daher auf ihn nicht übergehen?

Wenn der Gläubiger nach seiner Befriedigung dem Personalschuldner die begehrte Grundschuld am Grundstück des Eigentümers, gegen den dieser einen Ersatzanspruch hat, abtritt, so ist darin die Bestätigung zu finden, daß er befriedigt ist, und weiterhin dann auch ein Verzicht auf die andern Grundschulden, an denen er ja kein materielles Recht mehr hat, zu erblicken. Diese erlöschen damit nach § 1175 Abs. 1 Satz 2, der auf die Grundschuld als eine nur das dingliche Recht betreffende Vorschrift Anwendung findet. — Damit ist auch die einzig befriedigende Lösung der Frage gegeben: Wenn der Eigentümer, an dessen Grundstück der Personalschuldner im Wege der Abtretung die Grundschuld wegen seines Ersatzanspruches erlangt hat, nun denselben befriedigt, so erwirbt er die Eigentümergrundschuld (§ 1163 Abs. 1 Satz 2). Diese hätte er auch dann erworben, wenn er nicht die Befriedigung des Gläubigers durch den Personalschuldner abgewartet, sondern selbst den Gläubiger befriedigt hätte. In letzterem Falle wäre aber nach § 1173, welche Bestimmung auf die Grundschuld Anwendung findet, die Grundschuld an den übrigen Grundstücken erloschen. Würden in unserem Fall die Grundschulden nicht erlöschen, würde vielmehr den Eigentümern, an deren Grundstücken sie bestehen, die condictio ob causam finitam und damit der Anspruch auf Uebertragung der Grundschuld zustehen, so wäre ihr Schicksal völlig vom Zufall abhängig, es läge einfach in der Hand des Personalschuldners und des ersatzpflichtigen Eigentümers.

§ 10.

Die Abtretung von Grundschuld und persönlicher Forderung.

I. Im 4. Abschnitt des Obligationenrechts stellt das B. G. B. in § 401 für die hypothekarisch gesicherte Forderung die Vorschrift auf, daß mit ihrer Abtretung auch die Hypothek auf den Zessionar übergehe; § 401 gibt dieselbe Vorschrift auch auf die Abtretung von Forderungen, für die ein Pfandrecht oder eine Bürgschaft besteht. Die Vorschrift des § 401 wird in § 1153 Abs. 1 wiederholt und in Abs. 2 verstärkt, der

noch ausdrücklich bestimmt, daß die Hypothek nicht ohne die Forderung, die Forderung nicht ohne die Hypothek übertragen werden kann.

II. Die Vorschriften der §§ 401, 1153 ergeben sich aus der akzessorischen Natur der dort genannten Rechte; sie sind unselbständige Nebenrechte, und haben daher dem Hauptrecht zu folgen.

III. Auf die Grundschuld, die ein selbständiges Recht ist, sind die §§ 401, 1153 unanwendbar. Da auch sonst im Gesetz sich nirgends ein Anhaltspunkt dafür findet, daß Grundschuld und persönliche Forderung nur zusammen abgetreten werden dürfen, so ist festzustellen, daß die Grundschuld ohne Forderung (nach § 1154), die Forderung ohne Grundschuld (§ 398 ff.) abgetreten werden können, und daß sich damit die Möglichkeit eröffnet, daß es zu einem Auseinanderfallen (Divergenz) des Inhabers der Personal- und des Inhabers der Realobligation, des Personal- und Realgläubigers kommt (so auch Langfeld: Mecklenburgische Ausführungsverordnung zum B. G. B. § 197, 3 c; Dernburg: das bürgerl. Recht, Sachenrecht, 4. Auflage S. 771, Kommentar der Reichsgerichtsräte § 1191, 1, Fiermann: Rostocker Dissertation S. 57). Anders war der Standpunkt der früheren mecklenburgischen Theorie (zu vergl. von Meibom: Mecklenburg. Hypothekenrecht S. 101) und Praxis (zu vergl. Entscheidung des Oberappelationsgerichts zu Rostock Bd. 9 S. 38), wonach die Forderung in dem Fall, daß sie mit der Hypothek nicht mitübertragen wurde, für erloschen galt. Das preuß. E. E. G. § 52 Abs. 2 bestimmte für die Grundschuld ebenfalls, in diesem Fall gehe die Forderung unter (zu vergl. Dernburg: Lehrbuch des preuß. Privatrechts, Sachenrecht 5. Auflage S. 814).

IV. Im Fall der Divergenz von Personal- und Realgläubiger hat man zwei Gläubiger, von denen jeder dieselbe Leistung fordern kann, die der Schuldner aber nur einmal zu bewirken braucht. Trotzdem kann, ebensowenig wie im Fall der Divergenz von Personal- und Realschuldner direkt die Normen des Gesamtschuldrechts übertragen werden können, ein Gesamtgläubigerverhältnis nach § 428 ff. direkt als vorliegend angenommen werden, da hier wie dort von den zwei Obligationen nur eine eine vollkommene mit Vermögenshaftung des Schuldners ist, während bei der andern der Schuldner nicht haftet, sondern nur das Grundstück. Wie im Fall der Divergenz von Personal- und Real-

schuldner die Normen des Gesamtschuldrechts allgemein im Weg der Analogie für anwendbar erklärt wurden, so sind auch auf das vorliegende Verhältnis auf Grund derselben Erwägungen die Vorschriften über die Gesamtgläubigerschaft der §§ 428—430 analog zu übertragen. Und wie die Gesamtschuldgrundsätze wegen des besonderen Charakters des gegebenen Gesamtschuldverhältnisses nicht kritiklos übertragen wurden, sondern einer Prüfung einerseits nach der Anwendbarkeit im einzelnen, andererseits nach der Ergänzung durch andere Vorschriften zu unterziehen waren, so hat dies auch hier zu geschehen. Keine Anwendung auf das vorliegende Gesamtgläubigerverhältnis findet § 429 Absatz 2 im Fall der Vereinigung von Forderung und Schuld in der Person des Personalgläubigers; in diesem Fall wird die abstrakte Grundschuld unmittelbar nicht berührt, der Eigentümer erlangt lediglich die condictio ob causam finitam (s. oben § 6 IV. 3). Eine Ergänzung der Gesamtgläubigerverschriften ergibt sich ferner durch die §§ 1144 u. 1145, die beide auf die Grundschuld zur Anwendung kommen. § 1144 bestimmt, daß der Eigentümer gegen Befriedigung des Gläubigers die Aushändigung des Hypothekenbriefs und der sonstigen Urkunden verlangen kann, die zur Berichtigung des Grundbuchs oder zur Löschung der Hypothek erforderlich sind. Im Fall teilweiser Befriedigung bestimmt § 1145, daß der Gläubiger verpflichtet ist, die teilweise Befriedigung auf dem Briefe zu vermerken und den Brief zum Zwecke der Berichtigung des Grundbuchs oder der Löschung dem Grundbuchamt oder zum Zwecke der Herstellung eines Teilhypothekenbriefs für den Eigentümer der zuständigen Behörde oder einem zuständigen Notare vorzulegen. Die beiden Vorschriften sind Schutzmittel für den Eigentümer und daraus folgt auch, daß er diese Rechte sowohl gegen den Real- wie den Personalgläubiger ausüben kann. Damit ist aber einem vorsichtigen Eigentümer gegenüber dem Personalgläubiger die Ausübung seines Rechts erschwert, wenn nicht in den meisten Fällen unmöglich gemacht.

V. Großes Bedürfnis wird im Verkehr nach getrennter Abtretung der Grundschuld und Personalobligation nicht bestehen; um so größer können aber die Nachteile daraus sein. Unredlichen Personen ist die Möglichkeit eröffnet, ihre Rechte an zwei Personen zu veräußern, und hieraus können sich für den nicht ganz vorsichtigen Schuldner leicht

unliebsame Folgen ergeben. Aber auch abgesehen von diesem krassen Fall kann es dem Schuldner vielfach Unannehmlichkeiten bereiten, wenn er sich zwei Gläubigern gegenübersieht, und so wäre wohl de lege ferenda der oben angeführten mecklenburgischen und preußischen Regelung der Vorzug zu geben. Eine Verbesserung seiner Lage kann der Schuldner in dieser Hinsicht durch den unten § 11 angegebenen Weg erreichen.

§ 11.

Grundschuldbrief und Urkunde über die persönliche Schuld.

I. Nach § 58 G. B. O. ist für das Gebiet der Briefhypothek im Fall, daß über die persönliche Forderung eine Urkunde ausgestellt ist, vorgeschrieben, daß die Urkunde mit dem Hypothekenbrief verbunden werden soll. — Daß bei der Grundschuld, die eine Forderung gerade nicht voraussetzt, diese Weisung des Gesetzes an den Grundbuchbeamten nicht zur Anwendung kommen kann, ist eigentlich selbstverständlich, und so kann von einer Uebertragung des § 58 auf das Recht der Briefgrundschuld keine Rede sein (§ 70 G. B. O., § 1192 B. G. B.).

II. Es erhebt sich nun aber des weiteren die Frage, ob das Grundbuchamt nicht auf Antrag den Grundschuldbrief und die Urkunde über die persönliche Forderung zu verbinden hat. Diese Frage wurde von Huther (in der mecklenburgischen Zeitschrift für Rechtspflege Bd. 18 S. 67 ff.) in der Fassung aufgeworfen, ob nicht das Grundbuchamt auf Antrag die beiden Urkunden verbinden könne, und bejaht, da § 70 G. B. O. dies nicht verbiete. — Die Möglichkeit einer Verbindung von Schuldurkunde und Grundschuldbrief wird besonders von Dernburg (Sachenrecht 4. Aufl. S. 822) verneint, da das etwaige Vorhandensein einer persönlichen Forderung des Gläubigers wegen der Grundschuldsumme für die Grundschuld nicht in Betracht komme, und bei der Eintragung der Grundschuld das etwaige Bestehen einer persönlichen Forderung neben der Grundschuld nicht zu berücksichtigen sei. Weiterhin wird die Frage verneint von Langfeld, der sich auf § 69 der G. B. O. bezieht; wenn die Hypothek in eine Grundschuld verwandelt werde, so müsse die mit dem bisherigen Hypothekenbrief verbundene Schuldurkunde

abgetrennt und zurückgegeben werden (§ 69 S. 2 G. B. O.). — Es heißt allerdings in § 69 Satz 2: „Eine mit dem bisherigen Briefe verbundene Schuldurkunde ist abzutrennen und, sofern sie nicht mit dem neuen Hypothekenbriefe zu verbinden ist, zurückzugeben". Danach wäre bei ganz wörtlicher Auslegung die Schuldurkunde bei Ausstellung eines Grundschuldbriefs zurückzugeben und nicht zu verbinden. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 69 G.B.O. an den Grundschuldbrief gar nicht gedacht hat; er hat vielmehr in §§ 56—69 lediglich Regeln für den Hypothekenbrief aufstellen wollen, und für ihre entsprechende Anwendbarkeit auf den Grundschuldbrief in § 70 G. B. O. eine dem § 1192 B. G. B. entsprechende Bestimmung gegeben. Der Gesetzgeber hat auch bei der Schaffung des § 69 an den vorliegenden Fall gar nicht gedacht, er hat vielmehr nur dafür Vorsorge treffen wollen, daß nach Erlöschen der Hypothek, für deren Forderung die Urkunde ausgestellt ist, mit letzterer nicht noch Rechtshandlungen vorgenommen werden können.

M. E. steht zur Beantwortung der angezogenen Frage eine Gesetzesbestimmung unmittelbar nicht zur Verfügung, und ist dieselbe unter Zugrundlegung der allgemeinen rechtlichen Natur der Grundschuld und eventuellen Beachtung der möglichen Interessen zu entscheiden.

Wenn Grundschuldbrief und Schuldurkunde verbunden sind, so ist dem Gläubiger eine getrennte Verfügung über die Grundschuld und die persönliche Forderung nicht möglich, die an sich, wie oben in § 10 nachgewiesen, bei der Grundschuld, im Gegensatz zur Hypothek zulässig ist. Es wurde dabei dargelegt, daß hieraus für den Schuldner leicht Unannehmlichkeiten, wenn nicht sogar direkte Nachteile entstehen können. Weiter ist es aber auch vielleicht dem Gläubiger bisweilen ganz angenehm, beide verbunden erhalten zu können. Die Interessen von Gläubiger und Schuldner sprechen somit für Zulassung der Verbindung auf Antrag.

Rechtlich kann aber die selbständige Natur der Grundschuld nicht gegen die Zulassung der Verbindung ins Feld geführt werden. Nach wie vor können die in den obigen Paragraphen abstrahierten und die sonstigen Vorschriften über die Grundschuld zur Anwendung kommen, und haben auch zur Anwendung zu kommen. Die abstrakte Natur der

Grundschuld, ihre theoretische Eigenart, wird durch die Verbindung nicht berührt. Was praktisch verhindert wird, ist nur das, daß Grundschuld und Personalobligation in zwei Hände übergehen können.

Wir entscheiden uns somit für Zulassung der Verbindung von Schuldurkunde und Grundschuldbrief. Dafür spricht nebenbei auch der bisherige Zustand in Mecklenburg, wo es allgemein üblich war, daß Hypothekenschein und Schuldurkunde verbunden wurde, und dadurch der selbständige Charakter der Hypothek nicht in Frage gestellt war.

§ 12.

Anwendung sonstiger Hypothekenvorschriften auf die mit einer Forderung verknüpfte Grundschuld.

I. § 223 bestimmt für das Gebiet der Hypothek und des Pfandrechts, daß die Verjährung der Forderung den Gläubiger nicht hindere, seine Befriedigung aus dem verhafteten Gegenstand zu suchen. Ist diese Vorschrift für das Gebiet der Hypothek und des Pfandrechts, gegen welche Rechte an sich auf Grund ihrer akzessorischen Natur die gegen ihr Hauptrecht bestehenden Einreden geltend gemacht werden können (§§ 1137, 1211, zu vergl. auch § 768), notwendig, um den Willen des Gesetzgebers zum Ausdruck zu bringen, daß von der gegen die Forderung zustehenden Einrede der Verjährung die Realobligation nicht ergriffen werde, so ergibt sich die gleiche Behandlung im Fall der Verjährung der mit einer Grundschuld verbundenen Forderung für die Grundschuld schon aus ihrer rechtlichen Natur als selbständige Grundstücksbelastung, die von einem Mangel der Forderung nicht ergriffen wird; weiter aber folgt dies auch aus der Anwendbarkeit des § 223 auf die Grundschuld; § 223 enthält eine Vorschrift, die für das Gebiet der Verjährung der Forderung bei der Hypothek die Konsequenzen, die an sich aus der akzessorischen Natur zu ziehen wären, beseitigt, es ist anders ausgedrückt, keine Vorschrift, die auf der akzessorischen Natur der Hypothek beruht, und somit nach § 1192 auf das Recht der Grundschuld anwendbar. (So auch die allgemeine Ansicht der Rechtswissenschaft).

II. § 776 bestimmt, daß der Bürge im Fall, daß der Gläubiger ein mit seiner Forderung verbundenes Vorzugsrecht, eine für sie bestehende

Hypothek, ein für sie bestehendes Pfandrecht oder das Recht gegen einen Mitbürgen aufgibt, insoweit frei wird, als er aus dem aufgegebenen Recht nach § 774 hätte Ersatz erlangen können. Nach § 774 geht, soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, dessen Forderung gegen den Hauptschuldner auf den Bürgen über.

Gilt nun § 776 auch, wenn der Gläubiger eine für seine Forderung bestehende Grundschuld aufgibt?

Die Vorschriften des § 776 betreffen einerseits die Vorzugsrechte der Forderung des Gläubigers, insoweit kommen sie für unsere Betrachtung nicht in Frage, andererseits die Fälle, wo eine Hypothek, ein Pfandrecht und eine Bürgschaft für die Forderung des Gläubigers besteht; es handelt sich somit um diejenigen akzessorischen Rechte, die nach §§ 401, 412, 774 mit der Forderung im Fall der Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen auf diesen übergehen. — Bei äußerlicher Betrachtung würde es nahe liegen, den § 401 als Voraussetzung des § 776 anzusehen, und die Anwendbarkeit des § 776 auf die Grundschuld zu verneinen, da § 401, wie oben in § 10 nachgewiesen, auf die Grundschuld nicht zur Anwendung kommt und diese somit mit der Forderung nicht im Weg der cessio legis auf den Bürgen übergeht. Dies wäre unrichtig. § 776 ist selbständig zu betrachten, und daraufhin zu untersuchen, ob er, soweit er eine Vorschrift für die Hypothek enthält, auf deren akzessorischer Natur beruht (§ 1192). Diese Frage ist zu verneinen, der Gesetzgeber wollte durch die Vorschrift des § 776 verhindern, daß der Gläubiger ungestraft zum Nachteil des Bürgen über Rechte verfügen kann, die dem Bürger im Fall der durch ihn bewirkten Befriedigung des Gläubigers zugute kommen sollen.

Wenn auch die Grundschuld nicht mit der Forderung im Weg der cessio legis auf den Bürgen übergeht, so hat der Bürge als persönlicher Schuldner doch, wie oben § 9 V. 1. b festgestellt, einen Anspruch auf Abtretung der Grundschuld; das Interesse des Bürgen ist, mag für die Forderung eine Hypothek oder eine Grundschuld bestehen, das gleiche, daß der Gläubiger nicht zu seinem Nachteil darüber verfügen kann, und so haben wir uns für die Anwendbarkeit des § 776 auf die Grundschuld zu entscheiden (so auch Staudinger, Commentar zu § 776 Anm. 2;

Enneccerus-Kipp-Wolff: Recht der Schuldverhältnisse 4. und 4. Auflage S. 509). Da die Grundschuld nicht mit der Forderung, sondern nur durch einen besondere Abtretungsakt auf den Bürgen übergeht, so sind die Worte „nach § 774“ in § 776 bei Uebertragung der Vorschrift auf das Recht der Grundschuld zu streichen. — Würde man sich für die Unanwendbarkeit des § 776 auf die Grundschuld entscheiden, so würde dies die Möglichkeit materieller Nachteile für den Bürgen nicht bedeuten, da er als persönlicher Schuldner, der einen Anspruch auf Abtretung der Grundschuld hat, durch die dem § 776 entsprechende Vorschrift des § 1165, für deren Anwendbarkeit auf das Recht der Grundschuld wir uns oben in § 9 V. 2. entschieden haben, gleichen Schutz genießen würde.

III. § 1139 gibt eine besondere Bestimmung für den Fall, daß eine Buchhypothek für ein Darlehen bestellt ist, und die Hingabe des Darlehens unterblieb. In diesem Fall wird der Eigentümer, dem die Hypothek nach § 1163 Abs. 1 Satz 2 noch zusteht, gegen Verfügungen desjenigen, zu dessen Gunsten die Hypothek eingetragen ist, dadurch geschützt, daß zur Eintragung eines Widerspruchs, der sich auf die Nichthingabe des Darlehens stützt, der vom Eigentümer an das Grundbuchamt gerichtete Antrag genügt, sofern er vor dem Ablauf eines Monats nach der Eintragung der Hypothek gestellt wird. Wird der Widerspruch innerhalb des Monats eingetragen, so hat die Eintragung die gleiche Wirkung, wie wenn der Widerspruch zugleich mit der Hypothek eingetragen worden wäre. — Wie § 1163 Abs. 1 Satz 1, so ist auch § 1139 auf die Grundschuld als abstrakte Grundstücksbelastung, die von einem evtl. Nichtentstehen der Forderung, für die sie bestellt ist, nicht berührt wird, unanwendbar.

IV. Von dem den Gesetzgeber bei der Regelung der Hypothek leitenden Gedanken, dem Personalschuldner die Stellung des Hauptschuldners und dem Realschuldner die des Bürgen zuzuweisen, ist derselbe in § 2166 f. abgewichen. Hier wird gleichsam dem Realschuldner die Stellung des Hauptschuldners zugewiesen, indem bestimmt wird, daß, wenn ein vermachtes Grundstück, das zur Erbschaft gehört, mit einer Hypothek für eine Schuld des Erblassers oder für eine Schuld belastet ist, zu deren Berichtigung der Erblasser dem Schuldner gegenüber ver-

pflichtet ist, der Vermächtnisnehmer im Zweifel dem Erben gegenüber zur rechtzeitigen Befriedigung des Gläubigers insoweit verpflichtet ist, als die Schuld durch den Wert des Grundstücks gedeckt wird. Im Anschluß hieran wird in § 2167 bestimmt, daß, wenn das vermachte Grundstück gemeinschaftlich mit andern zur Erbschaft gehörenden Grundstücken mit einer Gesamthypothek belastet ist, die in § 2166 bestimmte Verpflichtung des Vermächtnisnehmers im Zweifel auf den Teil der Schuld sich beschränkt, der dem Verhältnis des Werts des vermachten Grundstücks zum Wert der sämtlichen Grundstücke entspricht. — Mit diesen Bestimmungen verleugnet der Gesetzgeber das sonst hochgehaltene Prinzip der akzessorischen Natur der Hypothek, und folgt somit die Anwendbarkeit derselben auf die Grundschuld.

Durch die §§ 2166, 2167 ergeben sich alsdann folgende Modifikationen der oben in § 9 allgemein aufgestellten Grundsätze für das interne Verhältnis zwischen Personal- und Realschuldner:

1. §§ 2166, 2167 setzen in ihrem Bereich den sonst auf das Verhältnis von Personal- und Realschuldner zur Anwendung kommenden § 426 Abs. 1 außer Kraft, da sie den Vorzug der lex specialis genießen. Danach ist im Fall des § 2166 der Vermächtnisnehmer im internen Verhältnis bis zur Höhe des Werts des vermachten Grundstücks zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet, darüber hinaus der Erbe. Ist dem Vermächtnisnehmer ein neben andern zur Erbschaft gehörenden Grundstücken mit einer Gesamtgrundschuld belastetes Grundstück vermacht, und ist die Belastung aller Grundstücke kleiner als ihr Wert, so ist er nach § 2167 im internen Verhältnis zur Befriedigung des Gläubigers in Höhe des Teilbetrags der Schuld verpflichtet, der dem Verhältnis des Werts seines Grundstücks zu dem Wert aller Grundstücke entspricht, über diesen Betrag hinaus der Erbe.

2. Wenn der Vermächtnisnehmer (Realschuldner) den Gläubiger befriedigt, so geht im Fall des § 2166 die Forderung desselben gegen den Erben nur insoweit auf ihn über, als dieselbe den Wert des Grundstücks übersteigt, und im Fall des § 2167 insoweit, als seine Leistung höher ist, als der dem Verhältnis des Werts seines Grundstücks zum Wert aller Grundstücke entsprechende Betrag der Schuld (§ 426 Abs. 2).

3. Wenn der Erbe (Personalschuldner oder der, der dem Personalschuldner gegenüber zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet ist,) den Gläubiger befriedigt, so kann er im Fall des § 2166 die Abtretung der Grundschuld bis zur Höhe des Grundstückwerts und in dem des § 2167 in Höhe des dem Verhältnis des Werts des vermachten Grundstücks zum Wert aller Grundstücke entsprechenden Teilbetrags der Schuld des Vermächtnisnehmers begehren (vergl. oben § 9 V. 1. a. E.).

Lebenslauf.

Geboren zu Stuttgart am 5. September 1886 als Sohn des Kaufmanns Eugen Ritter und seiner Ehefrau Emma, geb. Hofacker, besuchte ich von 1895 bis 1905 das kgl. Realgymnasium daselbst, in welchem Jahr ich es mit dem Zeugnis der Reife verließ. Mit Beginn des Sommersemesters 1906 widmete ich mich dem Studium der Rechtswissenschaft an den Universitäten Tübingen und Bonn, und bestand im Frühjahr 1911 die württembergische erste höhere Justizdienstprüfung. Zur Zeit stehe ich als Referendar im 3. Vorbereitungsjahr.